

REGISTRO OFICIAL

ÓRGANO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RESOLUCIONES:

**SALA ESPECIALIZADA DE LO
CONTENCIOSO TRIBUTARIO**

R282-2017; R283-2017; R286-2017

Resolución No. 282-2017

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZ PONENTE: DRA MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

Quito, viernes 21 de abril del 2017, las 16h35.-----

VISTOS: 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 y por la Resolución de Conformación de Salas N° 3-2013 de 22 de julio de 2013, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. También conocen de la presente causa ~~los doctores José Luis Terán Suárez y Ana María Crespo Santos~~, Jueces Nacionales, de conformidad con las Resoluciones N°s 341-2014 de 17 de diciembre de 2014 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura y N°s 01-2015 y 02-2015 de 28 de enero de 2015, emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.-----

PRIMERO.- Los Jueces que integramos la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, nos apartamos temporalmente de nuestras prerrogativas jurisdiccionales ordinarias y asumimos las funciones de Jueces constitucionales, por tal somos competentes para conocer y pronunciarnos sobre el recurso de apelación de hábeas corpus, en virtud del sorteo practicado el 18 de abril de 2017, y de los Arts. 184, numeral 1 ~~de la Constitución de la República del Ecuador, 185, segundo inciso,~~ numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial; 169, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

por la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial N° 565 de 7 de abril de 2009.-----

SEGUNDO.- Por sorteo de ley, en concordancia con el Art. 44 numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, llega a conocimiento de este Tribunal el recurso de apelación de hábeas corpus y siendo el estado de la causa el de resolver, se considera:-----

TERCERO - La garantía jurisdiccional se ha tramitado de conformidad con las normas pertinentes, por lo que no existe nulidad alguna que declarar.—

CUARTO.- 4.1. El señor Luis Olmedo Rosado Chávez, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia dictada el 7 de abril de 2017 a las 18h06 por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro, el cual a criterio de esta Sala se encuentra legitimado para presentar el recurso de apelación de Hábeas Corpus a favor del señor LUIS ALFREDO ROSADO MACÍAS, de conformidad con el Art. 86, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador que establece: “Art. 86.- *Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución [...]*”. **4.2.** El legitimado activo de esta acción manifiesta que: “La resolución emitida por parte de su autoridad de fecha 7 de Abril de 2017, dentro de la presente acción constitucional, es totalmente injusta y que no guarda absolutamente

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

ninguna relación con los hechos que en forma pública y notoria se demostraron en el desarrollo de la audiencia, sin embargo no supieron administrar justicia de acuerdo a las exigencias expuestas y demostradas en esta acción. Por todo lo dicho es que fundamentado en lo que dispone el numeral 4 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional APELO su resolución emitida ante el SUPERIOR donde haré valer mis derechos que por ley me corresponden. [...].....

QUINTO.- La sentencia constitucional emitida por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de El Oro ha resuelto negar la acción de *hábeas corpus*, solicitada por el señor LUIS OLMEDO ROSADO CHÁVEZ, señalando en sus considerandos QUINTO y SEXTO lo siguiente: “*De la relación de las circunstancias del proceso penal, se observa que la boleta de encarcelamiento, ordenada en contra del señor LUIS ALFREDO ROSADO MACÍAS, ha sido dispuesta por autoridad competente y en los términos legales previstos para el efecto, consecuentemente la boleta de encarcelamiento ordenada se constituye en legal y legítima, dictada de conformidad con el artículo 77 numerales 1,2 y 12 de la Constitución de la República así se lee en su contenido, por tanto, no se encuentra incurso en los presupuestos de ilegalidad e ilegitimidad que establece la norma constitucional. Como conclusión, se advierte que no existe violación constitucional, al derecho a la libertad ambulatoria, ni a la integridad física, consagrada en el artículo 66.29 y 77.1 de la constitución de la República.* SEXTO: **DECISIÓN:** *Con las consideraciones expuestas, la Sala de lo Penal y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de El Oro; ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR*

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA;
por unanimidad, rechaza por improcedente la Acción de Habeas Corpus que ha sido planteada por el señor **ROSADO CHAVEZ LUIS OLMEDO, por los derechos del señor ROSADO MACIAS LUIS ALFREDO. Porque** (sic) no existe violación constitucional, al derecho a la libertad ambulatoria, ni a la **integridad física**, consagrada en el artículo 66.29 y 77.1 de la constitución de la República [...].-----

SEXTO.- 6.1. Este Tribunal considera importante hacer hincapié a lo que la doctrina sostiene respecto a la acción de *hábeas corpus*, para lo cual procedemos a citar lo que el autor Rubén Flores Dapkevicius en la obra *Amparo, Hábeas Corpus y Habeas Data*, (Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004, páginas 39 y 40) señala cuando invoca a Paolo Biscaretti Di Ruffia, en su obra *Derecho Constitucional*, (pág. 687, Tecnos, Madrid, 1973) al sostener: “*Hábeas corpus es una frase latina adoptada por el inglés con la que se hace referencia al derecho de todo detenido a comparecer inmediata y públicamente ante un juez para que, oyéndolo, resuelva si su arresto fue o no legal y si debe mantenerse. Es decir que el hábeas corpus protege la libertad física del individuo, declarada por ejemplo, en la Constitución italiana como inviolable.*”. Dentro del mismo estudio; el autor señala que el maestro oriental Aníbal Barbagelata, en la obra *Derechos Fundamentales*, (pág. 80, F.C.U. Montevideo, s/f) define a este instituto: “*como el derecho que se acuerda a todos los individuos para reclamar contra las prisiones arbitrarias o infundadas, exigiendo que la Justicia reclame a la autoridad aprehensora que ésta explique y justifique los motivos de la aprehensión, para en conocimiento de ellos, decidir en*

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-SECRETARÍA

consecuencia, esto es manteniendo la medida de privación de libertad en el caso que ella corresponda con arreglo a derecho u ordenando la inmediata liberación para el caso de que no aparezca justificada la detención”. En adición a estos pensamientos universales es innegable que el derecho a la libertad de los ciudadanos se encuentra protegido por la norma constitucional y más aún por los convenios internacionales suscritos por el Estado Ecuatoriano, así tenemos que el Art. 77, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente indica: “Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley [...]”. El Art. 7, numerales 1, 2 y 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos señala: “Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal, 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios [...]”, y el Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: “1. Todo individuo

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta [...].” En consideración del contenido de las normas señaladas en líneas anteriores, podemos concluir que el hábeas corpus es una garantía constitucional de protección al derecho fundamental de los individuos, denominado libertad, lo que se traduce en la capacidad que tiene el ciudadano a presentar esta acción, cuando haya sufrido privación o restricción de su libertad en forma arbitraria, o si su integridad física se ve amenazada. Este Tribunal considera que la acción del *hábeas corpus* es la garantía que protege la libertad de las personas, sin embargo hace hincapié en que el Juez Constitucional competente para resolver este tipo de acción, está en capacidad de juzgar las condiciones que se han configurado para verificar si procede o no la misma, más no de analizar el fondo del asunto que obviamente se juzgará conforme el procedimiento penal establecido y por la autoridad competente. **6.2.** Ahora bien, continuando con el análisis procedemos a indicar que el Art. 89 de la Constitución de la República, dispone que: *“La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o*

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-90002

defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad. La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata. En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable. Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia”; la norma constitucional es concordante con lo que establece el Art. 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala lo siguiente: “Art. 43.- Objeto.- La acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona, tales como: 1. A no ser privada de la libertad en forma ilegal, arbitraria o ilegítima, protección que incluye la garantía de que la detención se haga siempre por mandato escrito y motivado de juez competente, a excepción de los casos de flagrancia;(...)”.

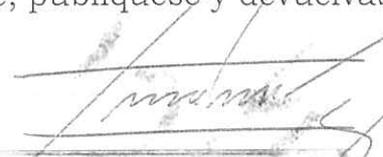
6.3. De lo expuesto en líneas precedentes, se desprende con claridad meridiana que esta garantía constitucional procede únicamente en dos presupuestos: **a)** Si la privación de libertad fuese ilegal, arbitraria o ilegítima; o, **b)** Si es que la libertad fuese necesaria a fin de proteger la vida o integridad física de quien se encuentra privado de la misma. En cuanto a las condiciones del presupuesto a) es preciso esclarecer que la privación de libertad puede ser ilegal, cuando va en contra de una norma legal;

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

arbitraria, cuando se ejecuta sin tener sustento en una norma legal, o ilegítima, cuando independientemente de su ordenación jurídica, atenta de forma injustificada a un derecho fundamental; como observamos estas condiciones son independientes y excluyentes entre sí. En el caso *sub iudice*, se puede advertir que no se han configurado las tres condiciones analizadas ut supra, es decir, que la privación de libertad haya sido ilegal, arbitraria o ilegítima, en razón de los siguientes antecedentes: **1)** A foja 18 y 19 del expediente consta el parte N° SURCP3178062. **2)** A foja 20 del expediente se observa el oficio N° 09284-2015-01364-UJPS-G suscrito por la Abg. Narcisa Mazacon Solano, Jueza de la Unidad Penal Sur, dirigido a la Brigada de Capturados de la Policía Judicial del Guayas, en la que se informa sobre la orden de prisión preventiva en contra del señor Rosado Macías Luis Alfredo. **3)** A foja 21 del expediente se observa la boleta de encarcelamiento N°09284-2015-01364, emitida el 26 de noviembre del 2015 en contra del señor Rosado Macías Luis Alfredo. De lo expuesto, podemos colegir, que no ha sido ilegal la orden de privación de libertad porque se evidencia que no contraría ninguna disposición legal, no es arbitraria porque existe un sustento legal y procesal contenidas en las actuaciones descritas, no es ilegítima, porque del expediente no se comprueba que se atente contra ningún derecho fundamental del procesado. Finalmente en cuanto a la condición del presupuesto b) descrito en el inicio del numeral 6.3 del presente edicto, esto es, si es que la libertad fuese necesaria a fin de proteger la vida o integridad física de quien se encuentra privado de la misma, no se ha demostrado en el proceso a través de prueba debidamente actuada que se encontrara en peligro la vida o integridad física del ciudadano LUIS ALFREDO ROSADO MACÍAS.-----

RECURSO DE APELACIÓN DE HABEAS CORPUS N° 07121-2017-00002

SÉPTIMO.- En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor LUIS OLMEDO ROSADO CHÁVEZ por los derechos del señor LUIS ALFREDO ROSADO MACÍAS. Actúe la Ab. Alejandra Morales Navarrete en calidad de Secretaria Relatora, de conformidad con la Acción de Personal No. 6037-DNTH-2015-KP de 1 de junio de 2015, expedida por el Consejo de la Judicatura. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-----



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, viernes veinte y uno de abril del dos mil diecisiete, a partir de las dieciseis horas y cincuenta y cinco minutos, mediante boletas judiciales no firmadas, se dictó la SENTENCIA que antecede a: ROSADO CHAVEZ LUIS OLMEDO en el correo electrónico helbismors60@hotmail.com del Dr./Ab. MORENO SANCHEZ NELBIS ESPENCER. AGENTE FISCAL DEL CANTON MACHALA en el correo electrónico cuencaj@fiscalia.gob.ec; DEFENSOR PUBLICO DE EL ORO en el correo electrónico fgomez@defensoria.gob.ec del Dr./Ab. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ AYORA; JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE GARANTIAS PENALES en el correo electrónico cinthya.tandazo@funcionjudicial.gob.ec; MEDICO LEGISTA DE FISCALIA en el correo electrónico polow@fiscalia.gob.ec; MEJIA GRANDA MANUEL JESUS en el correo electrónico manuel.mejia@funcionjudicial.gob.ec; SALINAS PACHECO JORGE DARIO en el correo electrónico jorge.salinas@funcionjudicial.gob.ec; ZAMBRANO NOLES SILVIA PATRICIA en el correo electrónico silvia.zambranon@funcionjudicial.gob.ec. AGENTE FISCAL DEL CANTON MACHALA en el correo electrónico cuencaj@fiscalia.gob.ec; JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL DE GARANTIAS PENALES en el correo electrónico cinthya.tandazo@funcionjudicial.gob.ec; MEDICO LEGISTA DE FISCALIA en el correo electrónico polow@fiscalia.gob.ec; MEJIA GRANDA MANUEL JESUS en el correo electrónico manuel.mejia@funcionjudicial.gob.ec; SALINAS PACHECO JORGE DARIO en el correo electrónico jorge.salinas@funcionjudicial.gob.ec; ZAMBRANO NOLES SILVIA PATRICIA en el correo electrónico silvia.zambranon@funcionjudicial.gob.ec. Certifico:


 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
 SECRETARIA RELATORA

MARIA.GALLARDOA

RAZÓN:- Siento como tal que las seis (6) copias que anteceden son iguales a su original constantes en el JUICIO DE APELACIÓN N° 07121-2017-00002 (HÁBEAS CORPUS N° 07121-2017-00002) seguido por el señor LUIS OLMEDO ROSADO CHAVEZ, en contra del COMANDANTE DE LA POLICÍA NACIONAL SUB-ZONA 7, DIRECTOR DEL CENTRO DE REHABILITACIÓN SOCIAL DE MACHALA, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 27 de abril de 2017. Certifico.-


Ab. Alejandra Morales Navarrete
SECRETARIA RELATORA


CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA
Sala de lo Contencioso
Tributario
SECRETARÍA

Recurso N° 019-2016

Resolución No. 283-2017

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZA PONENTE: DRA. ANA MARÍA CRESPO SANTOS

ACTOR: MARCO ANTONIO ZAPATA PÉREZ (RECURRENTE)

DEMANDADO: DIRECTOR DISTRITAL DE LATACUNGA DE LA SENAE

Recurso N° 019-2016

Quito, lunes 24 de abril del 2017, las 11h43.-

ASUNTO

Resolución del recurso de casación interpuesto por el Dr. Fabián Herrera Rueda en calidad de Procurador Judicial del Sr. Marco Antonio Zapata Pérez, en contra de la sentencia dictada el 25 de noviembre del 2015, a las 14h44, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1, con sede en Quito, dentro del juicio de impugnación N° 17510-2015-0025, deducido por el Dr. Fabián Herrera Rueda en calidad de Procurador Judicial del Sr. Marco Antonio Zapata Pérez, en contra de la Resolución N° SENAE-DDN-2014-0198-RE de 26 de septiembre de 2014.

I. ANTECEDENTES

1.1.- De acuerdo al escrito que contiene el recurso de casación de fecha 14 de diciembre de 2015, el casacionista se fundamentó en la **causal cuarta** de la Ley de Casación, arguyendo que en sentencia se omitió resolver sobre algún punto de la controversia, que deviene en el vicio de *citra petita* (Art. 273 del Código Tributario).

1.1.1.- Con relación a la **causal cuarta**, dice lo siguiente: "(...) *La Sala al dictar la sentencia ahora recurrida, bajo la desacertada interpretación del considerando séptimo, estipulo (sic) que respecto a la Resolución N° SENAE-DDN-2014-198-re de septiembre del 2014, suscrita por el Director Distrital del SENAE Latacunga, no cabe pronunciamiento, por cuanto tal resolución alude a la imposición de la multa impuesta al conductor del vehículo al momento de su aprehensión HERMEL EFRAÍN CELI HIDALGO, quien por su parte también ha procedido a impugnarla por cuerda separada, dentro del proceso N° 17510-2015-0026, ante el Tribunal Contencioso Tributario N° 1 – Sede Quito, resolución esta (sic) refiriéndose al caso de Hermel Celi) que condiciona la devolución del vehículo aprehendido, al pago de la multa referida y los tributos al comercio exterior. Lo anotado y que construye la base para la omisión incurrida por la Sala en la sentencia recurrida, no se compadece con la verdad de los hechos ni de los documentos que constan como recaudos procesales, ya que la autoridad demanda (sic) dictaminó (sic) en la Resolución N° SENAE-DDN-2014-198-RE de 26 septiembre del 2014, en contra de los ciudadanos MARCO ANTONIO ZAPATA PÉREZ Y HERMEL EFRAÍN CELI HIDALGO, lo siguiente: 1.- Imponer al señor MARCO ANTONIO ZAPATA PÉREZ portador de la cédula de ciudadanía N° 180182357-4, una multa equivalente a USD \$ 121.418,40 (CIENTO VEINTE UN MIL CUATROSCIENTOS DIECIOCHO CON 40/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (sic)), en aplicación a la sanción establecida en el Art. 178 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en concordancia con el Art. 180 del mismo cuerpo legal (derogado), actualmente contemplada en el Art. 302 del COIP esto es 10 veces el valor de los posibles tributos: USD \$ 12.141,84 y en la aplicación Disposición General Cuarta del COIP, esto es el cincuenta por ciento (50%) de la multa máxima establecida para cada delito, es decir, USD \$60.709,20 y 2.- Respecto*

de HERMEL EFRAÍN CELI HIDALGO, portador de la cédula de ciudadanía N° 180185550-1 se dispuso únicamente imponer una multa equivalente a USD \$ 3.400,00 (TRES MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), en aplicación a la sanción establecida en el Art. 70 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, 10 salarios básicos unificados del trabajador en general, es decir, USD \$3.400,00. De lo expuesto podemos concluir que dentro de la Resolución N° SENAE-DDN-2014-198-RE, de 26 de septiembre del 2014, se han establecido sanciones distintas y por separado a cada uno de los ciudadanos antes mencionados, por tanto es totalmente factible que los mismos en conjunto o por cuerda separada hayan impugnado los actos que les causaban agravio, como en la especie así sucedió, situación por la cual la Sala al Juzgar (sic) debió conocer y resolver sobre todos los puntos en los cuales se trabo (sic) la Litis y pronunciarse como corresponde en lo atinente al actor MARCO ANTONIO ZAPATA PÉREZ dentro de la Resolución N° SENAE-DDN-2014-198-RE de 26 de septiembre del 2014, en la presente causa. Por lo expuesto la sentencia recurrida, al no haber resuelto sobre uno de los puntos objeto de la litis, violenta lo determinado en la Constitución de la República en los Arts. 75 76 numerales 1 y 7 letra a) y Arts. 82, 169 ibidem, (sic) Art. 273 del Código Orgánico Tributario y 23 del Código Orgánico de la Función Judicial. (sic)".

1.2.- En consideración al auto de fecha 20 de enero de 2016, a las 09h48, 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 en referencia, por la **causal cuarta** del Art. 3 de la Ley de la materia por la *omisión de resolver aspectos de la controversia*, que deviene en el vicio de *citra petita*. En relación a lo anterior, se ordenó correr traslado a la contraparte para que de contestación al mismo, dentro del término previsto en el Art. 13 de la Ley de Casación.

1.3.- Finalmente, es menester señalar lo que el Tribunal de instancia esgrimió en la sentencia recurrida, que su parte considerativa manifestó: "(...) SEXTO.- 6.1.- De la revisión del proceso se observa, que la Resolución No. SENAE-DDN-2014-0240-RE, de 24 de diciembre del 2014, fundamenta la imposición de la sanción, en el uso indebido del vehículo marca BMW, tipo JEEP, Modelo X3, Color plateado, Año 2006, Motor

WBXPA93406WG75552, Placas TBA-2775, importado por el actor como menaje de casa, al amparo de lo dispuesto en la Resolución No. SENAE-DGN-2013-0030-RE de 23 de enero de 2013, que establece las "Normas complementarias para la importación de menajes de casa y equipos de trabajo por parte de personas migrantes que retornan a establecer su domicilio permanente en el Ecuador" y que en la parte pertinente de su Art. 28, dispone: "...Uso indebido y núcleo familiar: Sólo se permitirá importar bajo este régimen, bienes de los miembros del núcleo familiar que hayan vivido en el exterior por el tiempo mínimo reglamentario. Sin embargo, aunque no puedan incluirse como parte del menaje de casa, bienes destinados para miembros del núcleo familiar del beneficiario que no hayan vivido en el exterior o no reúnen los requisitos reglamentarios de permanencia en el exterior, ello no implicara que estos últimos estén impedidos de usar los bienes que ingresaron bajo este régimen de excepción con exención tributaria. El uso lícito de los bienes importados como menaje de casa por parte del núcleo familiar que no permaneció en el exterior por el tiempo reglamentario, está sujeto a la condición de que al menos uno de los miembros del núcleo familiar que si permaneció en el exterior, esté residiendo en el Ecuador al momento del uso. En tal sentido, no existirá uso indebido cuando las mercancías sean usadas directamente por el núcleo familiar, que haya vivido o no en el extranjero, siempre que se cumpla la condición descrita en el párrafo precedente y bajo el entendido de que esta utilización no comporta la transferencia de dominio. Para la aplicación de este artículo, entiéndase que el núcleo familiar ordinario queda constituido de pleno derecho por los padres, los hijos, el cónyuge o conviviente en unión de hecho, los suegros, los yernos y las nueras. Por otra parte, si el migrante declarante tuviere otro tipo de familia, podrá solicitar autorización ante cualquier dirección distrital, para registrar como parte de su núcleo familiar extraordinario para fines de este artículo, otros familiares hasta el tercer grado de consanguinidad, respecto de los cuales él ejerza tutoría legal o que ejerzan tutoría legal sobre él; así también que dependan económicamente de él o respecto de los cuales el dependa económicamente. Solo se podrá probar los grados de consanguinidad o afinidad con certificados de matrimonio y partidas de nacimiento expedidas por autoridad competente, la tutoría testamentaria con el respectivo acto testamentario y la tutoría dativa con orden de juez competente. La dependencia

económica en ambos sentidos se probara con cualquier tipo de documento público o privado, que pruebe fehacientemente que el migrante declarante ha hecho pagos o ha sido beneficiario de pagos por concepto de educación, salud, vivienda, alimentación, recreación. Solo será válido el documento en la medida en que pruebe que el migrante declarante ha efectuado el pago a favor del pretendido miembro del núcleo familiar extraordinario o viceversa.(...)". Para la imposición de tal sanción, la Autoridad tributaria demandada, se fundamentó además, en el artículo 302 del COIP, que a la letra dice: " Mal uso de exenciones o suspensiones tributarias aduaneras.- La persona que venda, transfiera o use indebidamente mercancías cuya cuantía sea superior a ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, importadas al amparo de regímenes especiales aduaneros de los que derivan la suspensión del pago de tributos al comercio exterior o importadas con exención total o parcial de tributos, sin obtener previamente la debida autorización de la autoridad aduanera competente, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa de hasta diez veces el valor de los tributos que se pretendió evadir. La persona que adquiera a título gratuito u oneroso, goce de la transferencia o use indebidamente mercancías cuya cuantía sea superior a ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, importadas con exención total o parcial de tributos al comercio exterior, sin que el propietario o consignatario haya obtenido previamente la debida autorización de la autoridad aduanera competente, será sancionada de acuerdo con la gravedad del delito con pena privativa de libertad de uno a tres años". Siendo el valor FOB del vehículo importado, la suma de US\$. 14.000,00, según la declaración aduanera No. 028-2010-10-10006699; y por tanto, inferior a los ciento cincuenta salarios básicos unificados, establecidos por el artículo 302 del COIP como valor mínimo para configurar un delito, su juzgamiento y sanción como contravención, correspondía a la Autoridad administrativa, y no al Juez de Garantías Penales conforme a lo dispuesto en la Disposición General Cuarta del COIP que a la letra dispone: "CUARTA: En lo referente a infracciones contra la administración aduanera, cuando el valor de las mercancías no exceda de los montos previstos para que se configure el tipo penal, no constituye delito y será sancionada como contravención administrativa por la autoridad aduanera con el cincuenta por ciento de la multa máxima

establecida para cada delito”; 6.2.- a) La supuesta infracción tributaria, consistente en el uso indebido del referido vehículo importado con exoneración de tributos, se llevó a cabo el 6 de agosto de 2014, mientras estuvieron vigentes los artículos 178, literal f) y 180 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones; y, b) El Código Integral Penal entró en vigencia el 10 de agosto del 2014 y derogó las normas legales mencionadas en el literal a) que antecede y en su reemplazo incorporó el artículo 302, que tipifica el delito de “Mal uso de exenciones o suspensiones tributarias aduaneras” y consignó la Disposición General Cuarta, antes transcritas; razón por la cual, el 28 de agosto de 2014, se dio inicio al Sumario Administrativo, en ejercicio de la potestad sancionadora prevista en el artículo 67 del Código Tributario, de lo cual se infiere, que el juzgamiento lo efectuó la autoridad competente, quien al dilucidar el conflicto surgido en la aplicación, de los a esa fecha derogados, artículos 178 y 180 del COPCI, con el artículo 302 y la Disposición General Cuarta del COIP, debía ceñirse a lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2 del COIP, que a la letra dice: “(...) 2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. (...)”, en concordancia con el artículo 76, numeral 5 de la Constitución de la República, que textualmente dispone: “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: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”; 6.3.- A fojas 433, obra el Certificado Único Vehicular, conferido por la Agencia Nacional de Tránsito el 21 de septiembre de 2015, con el No. CUV-2015-00122128, por el cual se acredita que el señor Marco Antonio Zapata Pérez, es el propietario del vehículo marca BMW, tipo JEEP, Modelo X3, Color plateado, Año 2006, Motor WBXPA93406WG75552, Placas TBA-2775, aprehendido por supuesto mal uso y a fojas 68 obra copia certificada de la matrícula correspondiente del aludido vehículo, que hace igual acreditación de propiedad; 6.4.- La Resolución No. SENAE-DNN-2014-0198-RE de

septiembre 26 del 2014, suscrita por el director distrital de Latacunga del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (fs. 6 a 12), resolvió literalmente lo siguiente: "Imponer al señor Marco Antonio Zapata Pérez, portador de la cédula de ciudadanía No. 180182357-4, una multa equivalente a USD \$ 121.418,40 (CIENTO VEINTE UN MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO CON 40/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), en aplicación a la sanción establecida en el Art. 178 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en concordancia con el Art. 180 del mismo cuerpo legal (derogado), actualmente contemplada en el Art. 302 del COIP esto es, 10 veces el valor de los posibles tributos: USD \$ 12.141, 84 y en la aplicación de la Disposición General Cuarta del COIP, esto es el cincuenta por ciento (50%) de la multa máxima establecida para cada delito, es decir, USD \$ 60.709, 20 según memorando No. SENAE-DDZN-2014-0183-M (...) SEGUNDO: Imponer al señor HERMEL EFRAÍN CELI HIDALGO portador de la cédula de ciudadanía No.180185550-1, una multa equivalente a USD \$ 3.400,00 (TRES MIL CUATROCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), en aplicación a la sanción establecida en el Art. 70 NUMERAL 6 del Código Orgánico Integral Penal, esto es, 10 salarios básicos unificados del trabajador en general, es decir, USD \$ 3.400,00." (SIC); y, 6.5.- En la Resolución No. SENAE-DDN-2014-0240-RE, de 24 de diciembre de 2014, objeto de la presente impugnación, consta textualmente lo siguiente (fs. 18): "El suscrito Director Distrital de Latacunga, en el ejercicio de sus atribuciones RESUELVE: a) Declarar SIN LUGAR el Reclamo Administrativo de Impugnación No. 013-2014, presentado por el señor MARCO ANTONIO ZAPATA PEREZ, en virtud de que se ha cumplido el debido proceso, respetando las normas tributarias para su respectiva motivación y ejecución, al igual que las normas Constitucionales.- b) Se impone al señor MARCO ANTONIO ZAPATA PEREZ una sanción administrativa del cincuenta por ciento de la multa máxima establecida para cada delito, aplicando lo estipulado y señalado en la Disposición General Cuarta del Código Orgánico Integral Penal, entendiéndose por este valor de USD 60.709.20 (SESENTA MIL SETECIENTOS NUEVE CON 20/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA), de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del Art. 302 del Código Orgánico Integral Penal, y el valor de USD \$ 12.141.84 (DOCE MIL CIENTO CUARENTA Y UNO

CON 84/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) de los tributos evadidos, al haber hecho uso indebido del vehículo importado al amparo de exención tributaria para el menaje de casa , produciendo perjuicio al fisco, YA QUE NO ES MIEMBRO DEL NÚCLEO FAMILIAR Y NO HA PODIDO JUSTIFICAR LA POSESIÓN DEL MISMO SIN LA AUTORIZACIÓN ADUANERA; c) Consecuentemente, el departamento Administrativo Financiero, proceda con el cobro de la liquidación No. 32605524 y No. 32498201 emitida por concepto de multa por contravención de USD \$ 60.709,20 y USD \$ 12.141,84 conforme lo señalado anteriormente, dentro de los términos y plazos establecidos en el COPCI y su Reglamento.- Notifíquese al reclamante en el correo electrónico señalado fherrera_72@yahoo.es, al Departamento Administrativo Financiero y a la Jefe de Documentación y Archivo.” (SIC). Según el texto resaltado en mayúsculas por el Tribunal, el señor Marco Antonio Zapata Pérez, ha sido autor de la infracción tributaria, tipificada en el artículo 302 del COIP como “Mal uso de exenciones o suspensiones tributarias aduaneras” y condenado al pago de la suma total de US\$. 72.851,04, en concepto de multa y tributos evadidos, por haber hecho uso del vehículo de su propiedad, sin ser miembro de su núcleo familiar y no haber podido justificar la posesión del mismo sin contar con la autorización aduanera respectiva; afirmación ésta, que contradice lo establecido en el mencionado artículo 302 del COIP y a la Resolución No. SENAE-DGN-2013-0030-RE de 23 de enero de 2013, que establece las “Normas complementarias para la importación de menajes de casa y equipos de trabajo por parte de personas migrantes que retornan a establecer su domicilio permanente en el Ecuador”, cuyo Art. 28 fue ya transcrito en su parte pertinente. De modo que, resulta evidente, que los considerandos formulados en la Resolución No. SENAE-DDN-2014-0240-RE, de 24 de diciembre del 2014 no guardan relación con la parte resolutive de la misma, pues el acto imputado al actor no es de su autoría, ya que el señor Marco Antonio Zapata Pérez, no es la persona que conducía el vehículo al momento de su aprehensión, conforme alude el acto administrativo impugnado, lo cual reviste falta de adecuada motivación del mismo y por tanto, deviene nulo. (...).”

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 fs. 10 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 cuarta del Art. 3 de la Ley de la materia por la *omisión de resolver aspectos de la controversia*, que deviene en el vicio de *citra petita*, como a continuación se manifiesta:

CAUSAL CUARTA (ART. 3 Ley de Casación)

Cargo único: Indica que en el Juez A quo omitió resolver aspectos de la controversia, que deviene en el vicio de *citra petita*.

V.- CONSIDERACIONES Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1.- El recurso de casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del *ius constitutionis*, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante, por medio de la correcta interpretación y aplicación del

Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así la crítica del recurrente a la sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de Casación, debe tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo.

5.2.- Conforme el problema jurídico descrito en este fallo, el recurrente acusa la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de la materia por la *omisión de resolver aspectos de la controversia*, que deviene en el vicio de *citra petita*, conforme se señaló en el número 4.1., cargo único, cuyo texto es el siguiente:

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

Art. 75.- *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*

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

7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*
a) *Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*

Art. 82.- *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*

Art. 169.- *El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*

- CÓDIGO TRIBUTARIO:

Art. 273.- Sentencia.- *Concluida la tramitación el tribunal pronunciará sentencia dentro de treinta días de notificadas las partes para el efecto. Antes de sentencia, las partes podrán presentar informes en derecho o solicitar audiencia pública en estrados, con igual finalidad.*

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, aún supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos.

- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL:

Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- *La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.*

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

5.2.1.- En consideración a la causal cuarta alegada por el recurrente, esta Sala establece lo que el número 4 del Art. 3 de la Ley de Casación indica: “4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis;”. En esta causal se aprecia que pueden operar los vicios de ultra petita, extra petita, citra petita o mínima petita, lo cual es susceptible de casación; se indica también, que basta con que uno de los vicios se haya producido en la sentencia, para que sea materia de rompimiento de la misma y así resolver la violación que se cometió.

5.2.1.1.- Respecto de lo manifestado por el recurrente el cual alega falta de resolución del Tribunal de instancia sobre hechos que fueron materia del litigio; dicho vicio contentivo en la causal cuarta, devendría en “**citra petita**”, esta Sala Especializada señala que para que el mismo prospere se requiere que exista la incongruencia entre la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones deducidas. Esta causal expresa doctrinariamente: “...recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o mínima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita. Se peca por defecto cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones y ello da lugar a la citra petita, llamada también mínima petita. Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las

pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas. Por lo tanto, para determinar si existe uno de estos vicios, el tribunal deberá realizar la comparación entre petitium de la demanda, las excepciones y reconvencciones presentadas y lo resuelto en la sentencia". (La Casación Civil en el Ecuador, Andrade Ubidia, Santiago, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, pp. 147-148). Ahora bien, del escrito de casación se aprecia que el recurrente no ha individualizado el vicio en relación a la supuesta omisión de pronunciamiento por parte del Juez de instancia sobre los puntos de la litis, en otras palabras no ha establecido en cabal forma qué puntos de la litis, el Tribunal A quo no resolvió y fueron puestos a su conocimiento; así como tampoco ha expresado en forma clara y precisa si dicha omisión recae sobre los hechos puestos a análisis del juez a quo o sobre el derecho y su aplicación, evento que es propio de esta Sala de Casación. En definitiva, se han encontrado varios yerros y omisiones en la proposición del presente petitorio de casación, por lo que esta Sala Especializada se encuentra impedida de corregirlos y por tanto no puede dar cumplimiento a lo solicitado en el escrito presentado por el recurrente.

VI. DECISIÓN

6.1.- Este Tribunal de Casación considera que no se ha configurado el vicio alegado por el casacionista.

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

VII. SENTENCIA

7.1.- NO CASAR la sentencia dictada el 25 de noviembre del 2015, a las 14h44, por la Sala Única del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N° 1, con sede en Quito, en los términos señalados en el Considerando V de esta Sentencia.

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

7.3.- Sin costas.

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



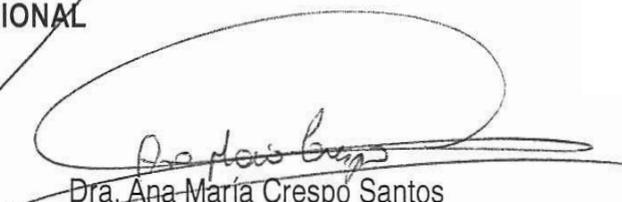
Dr. José Luis Terán Suárez

JUEZ NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

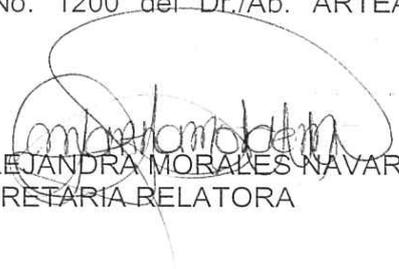
Certifico:



Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

En Quito, lunes veinte y cuatro de abril del dos mil diecisiete, a partir de las ocho horas y cincuenta y cuatro minutos, mediante boletas judiciales notificadas en la Sala de lo Contencioso Tributario, se emitió la SENTENCIA que antecede a: ZAPATA PEREZ MARCO ANTONIO en la casilla No. 4195 y correo electrónico fherrera@asesoreslegales-ec.com; fherrera_@yahoo.es; fherrera_72@yahoo.es del Dr./Ab. HERRERA RUEDA FABIAN EFRAIN. DIRECTOR DISTRITAL DE LATACUNGA DE LA SENA en la casilla No. 1346 y correo electrónico pksalazarulloa@hotmail.com; judicial.ltc@aduana.gob.ec; caendara@aduana.gob.ec; mitenorio@aduana.gob.ec del Dr./Ab. PAOLA KATHIUSKA SALAZAR ULLOA. PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO en la casilla No. 1200 del Dr./Ab. ARTEAGA VALENZUELA MARCOS. Certifico:


 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
 SECRETARIA RELATORA

CARMEN.DAVILA

RAZÓN: Siento como tal que las ocho (8) fotocopias que anteceden, son iguales a las que constan dentro del Recurso de Casación No. 019-2016 (Juicio de Impugnación No. 025-2015), seguido por el señor MARCO ANTONIO ZAPATA PÉREZ, en contra del DIRECTOR DISTRITAL DE LATACUNGA DEL SERVICIO NACIONAL DE ADUANA DEL ECUADOR, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 02 de mayo del 2017. Certifico.-


 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
 SECRETARIA RELATORA.



Acción objetiva de anulación No. 2016-0116

Resolución No. 286-2017

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

ANA MARÍA CRESPO SANTOS

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

JUEZ PONENTE: DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUÁREZ

Quito, lunes 24 de abril del 2017, las 15h39.-

ASUNTO

Resolución de la acción objetiva de anulación con efectos generales deducida por el Ing. Roberto Aspiazú Estrada, en calidad de Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, (ASETEL), en contra de la Ordenanza Municipal publicada en la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, que regula la utilización u ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas dentro del cantón Chimbo.

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 Chimbo, provincia de Bolívar, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015. Al respecto expone:

1.1.1 Fundamentos de hecho y de derecho: 1.- Que ASETEL es una persona jurídica de derecho privado, con patrimonio propio, sin fines de lucro, que se rige por sus estatutos, aprobada mediante Acuerdo No. 990084 de 3 de marzo de 1999 del ahora Ministerio de Comercio Exterior. El objeto de esta Asociación es promover el desarrollo armónico del Sector de las Telecomunicaciones; la cooperación entre los miembros de la Asociación; así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados. En tal virtud, sostiene que de parte de ASETEL existe un interés directo para proponer la demanda, debido a que considera que con la emisión de la ordenanza impugnada, se están violentando derechos objetivos de los socios de ASETEL que perjudican gravemente sus intereses. **2.-** Que la demanda objetiva de anulación la plantea en contra de la ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y

EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, publicada en la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015. **3.-** El accionante, luego de referirse al artículo 1 de la ordenanza impugnada; inciso segundo del artículo 567 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD); artículos 425 y 261 numeral 10 de la Constitución de la República; pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional respecto de las competencias que tiene el Estado Central sobre el espectro radioeléctrico, el régimen de comunicaciones y telecomunicaciones (sentencias Nos. 007-15-SIN-CC y 008-SIN-CC, expedidas dentro de los procesos Nos. 0009-13-IN y 0008-13-IN); artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones 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 Chimbo, 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 sus numerales 1, 2, 5 y 6 son susceptibles de anulación total por carecer no solamente de sustentación legal sino también de fundamento constitucional. **5.-** Se refiere a lo señalado en la sentencia ejecutoriada dictada por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en el juicio No. 128-2013, de 20 de agosto de 2015, seguido por ASETEL en contra de la Municipalidad del cantón Chimbo, provincia de Bolívar. **6.-** 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., SMA y DIRECTV ECUADOR C. LTDA.; que la ordenanza materia de la demanda, a pretexto de regular y tasar el “uso y ocupación del espacio aéreo”, está regulando y gravando el uso de frecuencias previamente concesionadas a los sujetos pasivos de estos tributos por las autoridades competentes en materia de telecomunicaciones; que el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo 264 asigna a los gobiernos municipales; y que de esta manera, invade aquellas otorgadas privativamente al Estado Central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones, aspecto que vuelve a este cuerpo

normativo de carácter general como inconstitucional. 7.- Cita los artículos 313 y 314 de la Constitución de la República; 8.- Luego de transcribir los artículos 2 y 21 de la ordenanza impugnada, respecto del permiso de implantación, manifiesta que cabe resaltar el hecho de que dejar la continuidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y retransmisión, sometido a la precariedad de un permiso municipal, significa a fin de cuentas, desde un punto de vista material, que quedan en las manos de un GAD la posibilidad virtual de “autorizar” o “desautorizar” la prestación de este servicio, competencia que no tiene ni le corresponde, la cual se encuentra constitucionalmente conferida al Estado Central; que enlazar, adicionalmente, esta ilegítima “autorización” al pago de una tasa exorbitante, resulta inaceptable y reñido con el régimen de competencias exclusivas establecidas en la Ley y en nuestra Constitución Política. 9.- Respecto de la valoración del tributo establecido en los artículos 2 y 18 de la ordenanza impugnada, el demandante dice que queda claro que el cobro, es ilegal e inconstitucional; que es un hecho aceptado que las tasas por regla general se establecen como contraprestación de algún tipo de servicio que presta la administración tributaria que las percibe; que el texto del artículo 566 del COOTAD conlleva a preguntarnos ¿cuál es el “servicio” que, en este caso estaría supuestamente prestando el GAD del cantón Chimbo al contribuyente?; al respecto dice que les parece claro que el “servicio” no consiste en el uso de suelo, que no es un servicio; como tampoco lo es la propiedad inmobiliaria, que es materia de gravamen por la vía del impuesto predial; que al parecer, el supuesto “permiso” respecto del cual el GAD demandado se auto atribuye la potestad de conceder, no para “construir” las estructuras sino para permitir su funcionamiento

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

espectro radioeléctrico y telecomunicaciones que constan en el artículo 18 de la ordenanza impugnada, es necesario incluir dentro del presente análisis el informe técnico proporcionado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral, bajo el título de “Análisis de impuestos y tasas municipales por derecho de vía para infraestructura de internet para ser considerada dentro de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones del Ecuador”; que partiendo de esta realidad, es evidente que las tasas por ocupación de espacio público, previstas en el artículo 18 de la ordenanza impugnada atentan contra el principio de no confiscatoriedad, el principio de proporcionalidad, el de capacidad contributiva y el de reserva legal. **11.-** Que de acuerdo con lo establecido en los literales a) y c) del artículo 328 del COOTAD, se encuentra expresamente prohibido a los órganos legislativos de los GADs interferir en la gestión de funciones y competencias que no les corresponden por disposición legal o constitucional. **12.-** Que el numeral 2 del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial, da competencia a esta Sala para conocer acciones de impugnación que se propongan en contra de ordenanzas municipales.

1.1.2 Pretensión procesal.- En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en el libelo de demanda, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial y 231 del Código Tributario, ASETEL demanda en acción objetiva de anulación a los señores Alcalde y Procurador Síndico como Presidente, el primero, y representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, a fin de que en

sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, 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 7 de marzo de 2016, las 14h48, 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 45-62) 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.- El Arq. Cesar Augusto Veloz Cevallos, Alcalde del cantón Chimbo y la Abg. Inés Micaela Naranjo Morales,

Procuradora Síndico Municipal, dan contestación a la demanda de manera extemporánea, por lo que no será tomada en cuenta en la presente resolución.

1.5 De la calificación a la contestación de la demanda propuesta por ASETEL y apertura de prueba.- Mediante auto de 21 de abril de 2016, las 11h56, y en virtud de que la contestación a la demanda presentada por los accionados ha sido presentada extemporáneamente se la agrega sin calificarla; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 257 del Código Tributario se abre la causa a prueba por el término de diez días, período durante el cual los sujetos procesales solicitan la práctica de las siguientes diligencias:

1.5.1 De la prueba solicitada por ASETEL.- I. Que se reproduzca todo cuanto de autos le fuere favorable; II. Que se oficie a la Escuela Politécnica del Litoral (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. 035-15-SIN-CC, caso No. 0013-15-IN; 042-15-SIN-CC, caso No. 0024-15-IN; 016-15-SIN-CC, caso No. 0055-14-IN; 021-15-SIN-CC, caso No. 0019-15-IN; 051-15-SIN-CC, caso No. 0014-15-IN; 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 Chimbo, 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 considere a la contestación a la demanda como improcedente, impertinente y ajena a la *litis*; que la parte demandada les ha obligado a demandarle nuevamente, pues a pesar de que todas sus anteriores ordenanzas sobre esta materia, fueron, no solo declaradas inconstitucionales, sino declaradas nulas, persiste en su afán de perjudicar a las empresas que representa creando ordenanzas sin respetar los preceptos constitucionales y legales; **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 5 de mayo de 2016, las 11h23.

1.5.2 Los accionados, señores Alcalde y Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, 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 la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, expedida por el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, que regula la utilización u ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas dentro del 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 Chimbo al haber contestado la demanda en forma

extemporánea, 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 al 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 la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, que regula la utilización u ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas, dentro del 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 la edición especial del Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación; así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la misma.

7.1.3 El GAD del cantón Chimbo no contestó la demanda dentro del término 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.** Ejemplar de la edición especial del Registro Oficial No. 264, del 9 de febrero de 2015, donde se observa la Ordenanza Municipal objeto de la presente acción (fs. 1-26 vuelta); **2.** Registro de la Directiva de ASETEL donde aparece como su Director Ejecutivo el Ing. Roberto Aspiazu (fs. 27); **3.** Documentación certificada que acredita la calidad de Alcalde y Procurador Síndico del cantón Chimbo (fs. 64-69) **4.** Copia certificada del Registro Oficial en donde consta la ordenanza impugnada (fs. 71-96); **5.** Compulsas de la demanda presentada por ASETEL ante la Corte Constitucional, caso No. 009-13-IN (fs. 97-107); **6.** Copia simple del Registro Oficial No. 439, Tercer Suplemento, del miércoles 18 de febrero de 2015, que contiene la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (fs. 108-127); **7.** Copia simple del Acuerdo No. 023-2015 expedido por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (fs. 128-132); **8.** 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. 145-152); **9.** Copias certificadas de las sentencias Nos. 021-15-SIN-CC, 042-15-SIN-CC, 035-15-SIN-CC, 051-15-SIN-CC, 016-15-SIN-CC, 008-15-SIN-CC, y 007-15-SIN-CC, dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador (fs. 156-247); **10.** 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. 252-266); **11.** 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. 268-279); **12.** Copia certificada de los Estatutos de ASETEL (fs. 282-289); **13.** Copia certificada 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 contestación a la demanda extemporánea efectuada por el GAD del cantón Chimbo, 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 Chimbo, provincia de Bolívar, publicada en el Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015), 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 Chimbo 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 2 y 18 de la ordenanza impugnada, sostiene que el cobro es ilegal e inconstitucional. Como puede advertirse, los fundamentos de la demanda se refieren a asuntos que ASETEL los considera inconstitucionales y a asuntos que ASETEL los considera ilegales. En ese sentido, corresponde a esta Sala Especializada pronunciarse exclusivamente sobre los puntos de la litis que implican un control de legalidad del acto normativo impugnado (Ordenanza Municipal) y no sobre aquellos que implican un control de constitucionalidad por ser de competencia privativa de la Corte Constitucional. Por lo tanto, esta Sala Especializada procederá a analizar exclusivamente los argumentos propuestos por ASETEL en relación a los artículos 1, 18, 2 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 por la implantación de estructuras, postes, cables, y elementos de redes alámbricas e inalámbricas; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo Municipal, suelo y subsuelo en el Cantón Chimbo, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación y reducción del impacto ambiental, sujetos a las determinaciones de las leyes, ordenanzas y demás normativas vigentes”.

“Art. 2.- Definiciones.- Para la comprensión y aplicación de esta ordenanza se define lo siguiente: (...)

***Permiso de Implantación:** Documento emitido por el gobierno municipal, que autoriza la implantación de postes, tendidos de redes y estructura fija de soportes de antenas y su infraestructura relacionada con todo tipo de servicio del tipo comercial de las empresas privadas, el mismo que se solicitará al municipio. El valor del permiso será un equivalente al 5% del costo total de cada estación (...)*”.

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

1. Estructuras Metálicas: Por cada estructura metálica de uso comercial de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, pagaran el 20% del RBU diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión.

2. Antenas para servicios celulares: Por cada una de las antenas instaladas en lo ~~alto de las estructuras, y que forman parte de las redes para telecomunicaciones~~ celulares, pagará el 7% del RBU diario; por concepto de uso de Espacio Aéreo.

3. Antenas para radio ayuda y radioaficionado: Por cada antena para radio ayuda fija y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo.

4. Antena para radio emisoras comerciales: Por cada antena para radio emisoras comerciales, éstas pagarán en base a la siguiente tabla:

COBERTURA DE RADIO	VALOR POR PAGAR
Radio Emisoras Comerciales con Cobertura a Nivel Nacional	5% RBU diario
Radio Emisoras Comerciales con Residencia Provincial	USD. 2,00 diario
Radio Emisoras Comerciales con Residencia Cantonal	USD. 1,50 diario

5. Antenas parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión satelital: pagaran el equivalente a tres centavos de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica diarios, por cada antena parabólica instalada en el área geográfica del cantón, inventario establecido por la municipalidad.

6. Cables: Los tendidos de redes que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa diaria y permanente de un centavo de dólar de los Estados Unidos

de Norteamérica por cada metro lineal de cable tendido, por ocupación de espacio aéreo, suelo o subsuelo.

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

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

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

del beneficio que obtiene el contribuyente por el servicio público; para la segunda, es la prestación exigible con ocasión del servicio; en otras palabras, la tasa se paga, no por la prestación de un servicio, sino con ocasión del mismo. Siguiendo a Valdés Costa, se ha de convenir, que el único punto que no causa dificultad en la tasa, es reconocer que la misma se vincula a una actividad del Estado. En este orden de ideas, la tasa además de darse por el uso de servicio público se da por el uso de bienes públicos.

7.5 De la resolución del problema jurídico planteado.- Teniendo como premisa lo expuesto, corresponde realizar el análisis de las pretensiones de la parte actora 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 Chimbo, 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 Chimbo en el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República, en su artículo 264 asigna a los gobiernos municipales, y que de esta manera invade aquellas otorgadas privativamente al Estado central en el artículo 261.10 sobre el espectro radioeléctrico y el régimen general de comunicaciones

y telecomunicaciones. Al respecto, esta Sala Especializada advierte que si bien es cierto, la parte actora utiliza el término anulabilidad total, sus alegaciones básicamente van encaminadas a controvertir un artículo puntual, que es el artículo 18 de la ordenanza impugnada y únicamente en lo relacionado al espectro radioeléctrico y al régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones. No obstante lo expuesto, es importante mencionar que del texto de su demanda, ASETEL se refiere además a los artículos 1, 2 y 21 de la ordenanza que se refieren en su orden al objeto y ámbito de aplicación de la ordenanza, definiciones para la comprensión y aplicación de la ordenanza, 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 la edición especial del Registro Oficial No. 264 del 9 de febrero de 2015, que regula la utilización u ocupación del espacio público o la vía pública y el espacio aéreo municipal, suelo y subsuelo, por la colocación de estructuras, postes y tendido de redes pertenecientes a personas naturales o jurídicas privadas dentro del cantón Chimbo, expedida por el Concejo Cantonal del GAD de dicho cantón, el accionante argumenta: *“Si analizamos el texto, en especial aquellos párrafos y numerales subrayados por el compareciente del artículo 18 de la Ordenanza que impugno, se colige que la GAD municipal de Chimbo 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...habría legislado en temas que están fuera del ámbito de su competencia (...) Por consiguiente, queda demostrado, conforme a derecho, que el Concejo del Gobierno Autónomo Descentralizado del Cantón Chimbo 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 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 el ámbito de aplicación de la ordenanza impugnada el GAD del cantón Chimbo sobrepasa los límites establecidos dentro de las competencias exclusivas que la Constitución de la República asigna a los gobiernos municipales; y 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 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 Chimbo, 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 la edición especial del Registro Oficial No. 264 del 9 de febrero de 2015, expedida por el GAD del cantón Chimbo, provincia de Bolívar, 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 Chimbo, 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 Chimbo 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 Chimbo, provincia de Bolívar, 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 de los numerales 1, 2 y 5 del artículo 18 de la Ordenanza impugnada; y, 2) En el numeral 6 del artículo 18 la frase “*por ocupación de 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 Chimbo, se declare también “...la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tiene que ver la ejecución de dicha ilegal ordenanza”, es preciso indicar que los actos emitidos al amparo de la ordenanza controvertida (sobre todo al tratarse de títulos de crédito) tienen una esencia autónoma y por lo tanto deben ser impugnados en su debido momento, bajo las acciones establecidas en el ordenamiento jurídico, y de acuerdo a la

naturaleza de ellas, al amparo de las acciones subjetivas allí recogidas, cuyo procedimiento de impugnación es distinto, en esencia, a la presente acción de nulidad u objetiva. En otras palabras, la acción de impugnación en contra de reglamentos, ordenanzas, resoluciones, y otras normas de carácter general de rango inferior a la ley en materia tributaria, no puede ser planteada en contra de actos posteriores de ejecución, por lo tanto se rechaza la referida pretensión por impertinente de ser analizada en la presente causa.

8. DECISION

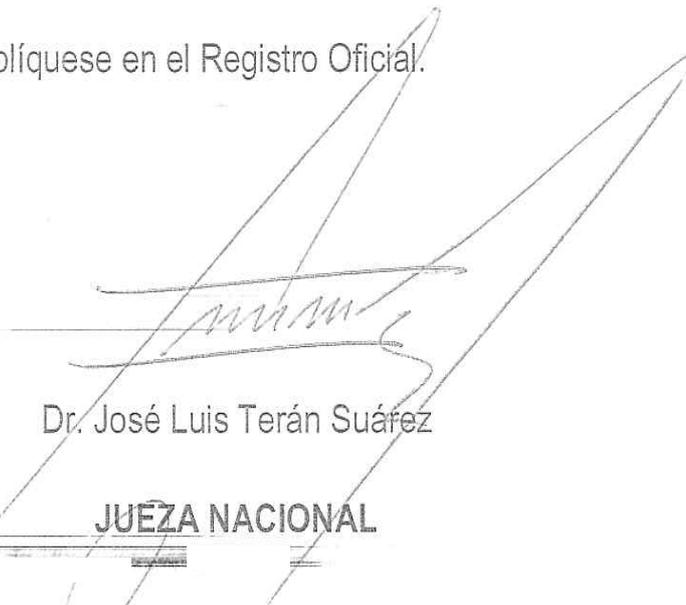
8.1 Por las consideraciones expuestas, la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo de lo Contencioso Tributario, **Administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador, y por autoridad de la Constitución y las leyes de la República,** resuelve:

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

JUEZA NACIONAL



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

JUEZA NACIONAL (V.S.)



Dra. Ana María Crespo Santos

JUEZA NACIONAL

Certifico.-



Ab. Alejandra Morales Navarrete

SECRETARIA RELATORA

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

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

DEMANDADO: GOBIERNO AUTÓNOMO
DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL
CANTÓN ~~CHIMBO~~ Y PROCURADOR
GENERAL DEL ESTADO

Quito, lunes 24 de abril del 2017, las 15h30.-

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 doctor José Luis Terán Suárez, Juezas y Juez Nacionales, conocemos de la presente acción de impugnación, 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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

Corte Nacional de Justicia. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre la demanda de impugnación, en función del contenido de la segunda parte, numeral 2 del Art. 185, del Código Orgánico de la Función Judicial, para lo cual se constituye y actúa como Tribunal de instancia.-

I. ANTECEDENTES

1.1- El ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, en su calidad de Director Ejecutivo y representante legal de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones ASETEL formula una demanda de acción objetiva de anulación, con la que impugna la **ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO**, publicada en la edición especial del Registro Oficial N° 264 del lunes 9 de febrero de 2015.-----

1.2.- CONTENIDO DE LA DEMANDA: La demanda de acción de impugnación presentada por el Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada manifiesta: **i)** Luego de citar el contenido del artículo 18 de la ordenanza impugnada señala lo siguiente: *“Si analizamos el texto, en especial aquellos párrafos y numerales subrayados por el compareciente del artículo 18 de la Ordenanza que impugno, se colige que el GAD municipal de Chimbo al establecer tasas por la implantación de estructuras metálicas, antenas y cables necesarios para la prestación de comunicaciones y telecomunicaciones (retransmisión de contenidos)*

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA^D

*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 Chimbo 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*

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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. Indica además que en la Ordenanza en sus artículos 2 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 2 y 18 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. [...] Ahora bien, la lectura del texto de la norma citada conlleva a

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

preguntarnos cuál es el “servicio” que, en este caso, estaría supuestamente prestando el GAD del cantón Chimbo 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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

[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 costo~~ ~~total de la implantación, monto que cobra a las Operadoras; empresas~~ ~~que en virtud de la concesión conferida por el Estado Ecuatoriano,~~ ~~prestan servicios destinados a satisfacer necesidades de la colectividad~~ ~~como de comunicación, televisión y 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~~

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA^{SE}

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.-----

1.3.- PRETENSIÓN PROCESAL: La pretensión del Ingeniero Roberto Aspiazu Estrada, Director Ejecutivo de ASETEL, en la presente acción objetiva es la siguiente: **“II.- PRETENSIÓN PROCESAL** *En base a los fundamentos de hecho y de derecho expresados en este libelo y de conformidad con el ya mencionado artículo 185, numeral 2 de las Competencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la H. Corte Nacional de Justicia, demando en acción objetiva de anulación a los señores Alcalde y Procurador Síndico como Presidente, el primero, y representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Chimbo , Provincia de Bolívar órgano legislativo de la Ordenanza Municipal publicada en el Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, a fin de que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada **ORDENANZA QUE***

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA
REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO, *expedida por el Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Chimbo, provincia de Bolívar órgano legislativo de dicha Ordenanza Municipal publicada, en el Registro Oficial No. 264 del lunes 9 de febrero de 2015, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación, así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tiene que ver la ejecución de dicha ilegal Ordenanza.*-----

1.4.- ADMISIÓN A TRÁMITE: Mediante providencia de 7 de marzo de 2016 a las 14h48, se admite a trámite a la demanda presentada y se ordena citar mediante deprecatorio al Alcalde y Procurador Síndico, como Representantes legales del Concejo Cantonal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Chimbo, Provincia de Bolívar y al señor Procurador General del Estado.-----

1.5.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA: De la revisión del expediente, esta Sala Especializada observa que a pesar de haber sido notificados las autoridades demandadas no presentaron la contestación a la demanda dentro del término establecido para el efecto, por lo que mediante providencia de 21 de abril de 2016 a las 11h56.-----

II.- DE SUSTANCIACIÓN:

2.1.- APERTURA DEL TÉRMINO DE PRUEBA: Dentro de la sustanciación de la causa, la jueza sustanciadora mediante providencia

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

de 21 de abril de 2016 a las 11h56, abrió el término de prueba por 10 días. En la presente causa el término de prueba empezó a discurrir a partir del 22 de abril de 2016, hasta el 6 de mayo de 2016. Dentro del término dispuesto por la jueza ponente esta Sala Especializada observa que únicamente la parte actora ha presentado pruebas mediante escrito entregado en Secretaría de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario el 4 de mayo de 2016.-----

2.2.- PRUEBAS SOLICITADAS POR ASETEL: **i)** Que se reproduzca todo cuanto de autos fuere favorable a los derechos que representa. **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. **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° 035-15-SIN-CC, del caso N° 0013-15-IN. **b)** Sentencia N° 042-15-SIN-CC, del caso N° 0024-15-IN. **c)** Sentencia 0016-15-SIN-CC del caso 055-14-IN de 13 de mayo de 2015. **d)** Sentencia 021-15-SIN-CC del caso 0019-15-IN. **e)** Sentencia 051-15-SIN-CC del caso 0014-15-IN, **f)** Sentencia 007-15-SIN-CC del caso 009-13-IN, **g)** 008-15-SIN-CC del caso 008-13-IN. **iv)** Que se envíe oficio a la Procuraduría General del Estado para que remita copias certificadas del Oficio N° 00969 de 27 de abril de 2015. **v)** Que se envíe oficio a la administración tributaria demandada, Municipalidad del Cantón Chimbo a fin de que se remita a la Sala copias certificadas de: **a)** El expediente administrativo en el que conste

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

todo el procedimiento legislativo de aprobación de la Ordenanza impugnada, de conformidad con lo establecido en el artículo 322 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización **b)** Copias certificadas de todos los títulos de crédito que se han emitido con motivo de la expedición de la Ordenanza impugnada. **v)** Que se envíe oficio al Señor Ministro de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, a fin de que remita a la Sala copias certificadas de los Acuerdos Ministeriales N° 037-2013 y N° 041-2015. **vi)** Que se incorporen al proceso a su costa: 1) Copias certificadas de las sentencias ejecutoriadas expedidas por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Honorable Corte Nacional de Justicia dentro de los procesos 17751-2013-128 y 17751-2013-129, el 20 de agosto de 2015 y 19 de octubre de 2015, respectivamente, seguidos por ASETEL en contra de las Municipalidades de Atacames y Chimbo respectivamente, por ser casos similares al que nos ocupa. 2) Compulsa de los Estatutos de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones (ASETEL), cuyas copias certificadas obran de los procesos 17751-2013-128 y/ o 17751-2013-129. **vii)** Que se tenga en cuenta el hecho de que la acción contencioso tributaria administrativa de nulidad tiene como objetivo solicitar al órgano jurisdiccional competente, en este caso la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia la anulación de un acto administrativo de carácter general, impersonal y objetivo, violatorio de una norma jurídica que se constituye en la Ordenanza Municipal impugnada. Cabe tomar en cuenta que por esta acción no se ha solicitado el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas sino únicamente la anulación del acto que se impugna con fin de salvaguardar el ordenamiento jurídico objetivo. **viii)** Que se tome en cuenta la impugnación que realiza en contra de la contestación a la demanda. **ix)** Que se tenga en cuenta la impugnación que formula en contra de las pruebas que presente la

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENZUELA

Administración Tributaria demandada por improcedentes, mal actuadas y ajenas a la litis.-----

2.4.- PRUEBAS SOLICITADAS Y SUSTANCIADAS: Todas las pruebas solicitadas por la parte actora, dentro del término probatorio correspondiente, fueron dispuestas sean practicadas, mediante providencia de 5 de mayo de 2016 a las 11h23.-----

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

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

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

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

3.3.- MATERIA DE IMPUGNACIÓN: El actor formula la demanda de acción de impugnación, con la que impugna la **ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO**, publicada

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

en el Registro Oficial Edición Especial N° 264 de viernes 9 de febrero de 2015. Por otro lado el accionante también pretende que esta Sala Especializada, mediante la presente acción de impugnación declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada. -----

3.4.- PUNTOS EN LOS QUE SE TRABA LA LITIS: La litis en el presente proceso se trava de la siguiente manera: **i)** La pretensión de la parte actora es que se declare la anulabilidad total de **la ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO**, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N° 264 de viernes 9 de febrero de 2015, y la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, especialmente aquellos que tienen que ver con la ejecución de la referida ordenanza; sin embargo como se puede observar del contenido de la demanda únicamente el accionante hace referencia a los Arts. 1, 2, 18 y 21 de la Ordenanza. **ii)** Al no haberse presentado la contestación a la demanda por parte de la Administración Municipal sus excepciones no son tomadas en cuenta sin embargo se entiende que existe una negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de Derecho de la demanda. **iii)** El análisis que a continuación se realizará, se fundamenta en el estudio de los silogismos que nacen a partir de las pretensiones de la parte actora, la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y Derecho que se desprende de la contestación extemporánea a la demanda, pero no sin antes realizar una

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

conceptualización de lo que implica la acción de impugnación dentro del ámbito contencioso tributario.

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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA¹

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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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 normativo como resultado de una actividad legislativa delegada a ciertos órganos). **b)** Se pretende la anulación del acto normativo. **4.1.5.-** Ahora bien una vez conceptualizados los requisitos de la acción de impugnación, esta Sala Especializada considera también oportuno delinear los requisitos que debería contener un acto normativo para que pueda ser considerado válido. Dentro de la doctrina especializada, Eduardo García De Enterría, en su obra Curso de Derecho Administrativo, Editorial Temis 2008, (págs. 164 a 182), al referirse a los requisitos de validez de los reglamentos, señala, a partir de una teorización de los límites y los límites que acotan el campo de los reglamentos lo siguiente. En referencia a los límites, manifiesta que estos son sustanciales y formales. En cuanto a los límites sustanciales se refiere a que son los que afectan al contenido mismo de la norma reglamentaria, mientras que los límites formales son relativos al aspecto externo del reglamento. Dentro de los límites formales o externos el autor identifica: **a) La competencia del órgano administrativo** para emanar los reglamentos, **b) La jerarquía normativa** del reglamento ante la Ley e incluso con otros reglamentos; y, **c) El procedimiento** para la elaboración de reglamentos cuya omisión o inobservancia arrastraría la nulidad del reglamento. Mientras que, en lo relativo a los

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

límites sustanciales o internos de los reglamentos, el autor se refiere: **a)** ~~El respeto a los principios generales del Derecho en especial la interdicción de la arbitrariedad~~ dentro de lo cual reflexiona que el reglamento debe encontrarse acorde a la norma constitucional en todo su contenido material, comenzando por los derechos fundamentales y continuando con los principios constitucionales, así mismo como que el reglamento debe encontrarse sometimiento al Derecho; **b)** La necesidad de **motivar** los reglamentos los cuales si bien es cierto no debería guardar la misma intensidad de los actos administrativos no se la descarta como un requisito; **c)** El **límite de la materia reglamentaria**, en donde se establece que los reglamentos que exceden el ámbito interno de las organizaciones administrativas son instrumentos de ejecución de la Ley, y no constituye una norma autónoma, independiente que pretenda no solo prevalecer frente a la Ley, sino ~~inclusive sustituirla o suplirla~~; y **d)** La ~~irretroactividad~~ de los reglamentos. **4.1.6.-** En cuanto a los requisitos de los actos administrativos la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo en varias sentencias, entre ellas los números 505-2010, 430-2009; 380-2010, ha sostenido que los requisitos sustanciales para la emisión de los actos administrativos, son: **a)** requisitos subjetivos en relación a la competencia del titular, **b)** requisitos objetivos en cuanto al presupuesto de hecho, contenido, objeto, causa, motivo y fin y, **c)** requisitos formales respecto al procedimiento y forma. **4.1.7.-** Si bien es cierto la referencia a la línea jurisprudencial de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, no guarda relación con la naturaleza de los actos normativos, pero ella sirve como referencia para establecer un estudio del presente caso, pues tanto los actos administrativos como los normativos son fruto de la gestión pública sujetas a procedimientos y normas materiales, así pues esta Sala Especializada tomando en cuenta todo lo hasta aquí señalado considera que los requisitos de los actos normativos pueden ser conceptualizados de la siguiente manera:

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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 se~~. En el caso de creación de tributos como las tasas es claro que la misma deberá ser consecuente con la reserva de ley prevista en el artículo 4 del Código Tributario y el presupuesto establecido en el artículo 16 *ibidem*; **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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

presupuestos de hecho y su vinculación a las normas jurídicas que han sido determinantes para la resolución). En el caso de existir falta de motivación en un acto administrativo o incluso en un acto normativo, se estaría violentando el debido proceso, conforme la estructura de la actual Constitución.-----

4.2.- ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN:

Conforme al esquema planteado en el punto 4.1.4 *ut supra*, en el presente caso se puede verificar lo siguiente:

i) En cuanto a los requisitos objetivos: **a)** Conforme a la demanda y en atención, a los argumentos planteados a lo largo del proceso y a lo solicitado que sea tomado en cuenta en el escrito de prueba presentado por ASETEL, la presente acción ha sido planteada en contra de la ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACION DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N° 264 de viernes 9 de febrero de 2015. **b)** De acuerdo a la demanda planteada, a los argumentos propuestos por ASETEL y del contenido de los artículos 1, 2, 18 y 21 de la Ordenanza impugnada, se verifica los siguientes textos: “**Art. 1.- Objeto y Ámbito de Aplicación.-** Esta ordenanza tiene por objeto regular, controlar y sancionar por la implantación de estructuras, postes, cables, y elementos de redes alámbricas e inalámbricas; además de la fijación de las tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo Municipal, suelo y subsuelo en el Cantón Chimbo, a fin de cumplir con las condiciones de zonificación y reducción del impacto ambiental, sujetos a las determinaciones de las leyes, ordenanzas y demás normativas vigentes.”, “**Art. 2.- Definiciones.-** Para la comprensión y aplicación de

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALÉNCHER

esta ordenanza se define lo siguiente: Antena: elemento radiante especialmente diseñado para la recepción y/o transmisión de las ondas radioeléctricas. Área de Infraestructura: aquellas a las que se encuentran circunscritas las instalaciones y equipos utilizados para establecer la comunicación entre los diferentes elementos de la red de servicio. Autorización o Permiso Ambiental: Documento emitido por el ministerio de ambiente o por la unidad administrativa Municipal competente, que determine el cumplimiento y conformidad de elementos de la normativa ambiental aplicable. En caso de no obtener el Permiso Ambiental estará sujeto a una sanción del 5% del costo de la obra de cada estructura. CONATEL: Consejo Nacional de Telecomunicación. CUARTO DE EQUIPO (RECINTO CONTENEDOR): Habitación en cuyo interior se ubican elementos o equipo pertenecientes a una red de telecomunicaciones. Estación Radioeléctrica: Uno o más transmisores o receptores, o una combinación de transmisores y receptores, incluyendo las instalaciones accesorios necesarios para asegurar la prestación de un servicio. Estructuras Fijas de Soporte: Término genérico para referirse a TORRES, TORRETAS, MASTILES, MONOPOLOS, SOPORTE EN EDIFICACIONES, en las cuales se instalan antenas y equipos de telecomunicaciones para la prestación del servicio de comunicaciones y otros de tipo comercial. Ficha Ambiental: Estudios técnicos que proporcionan antecedentes para la predicción e identificación de impactos ambientales y las medidas de manejo ambiental a aplicarse para la implantación de estaciones de transmisión. Implantación: Ubicación, fijación, colocación o inserción de estructuras de soportes de las radios bases de antenas de servicios de comunicaciones sobre un terreno o edificaciones terminadas, y también a la infraestructura utilizada para proveer energía a las instalaciones. Mimetización: Proceso mediante el cual una estructura es asimilada al entorno existente, tratando de disminuir la diferencia entre sus características físicas y las de contexto urbanos, rural, y arquitectónico en el que se emplaza. Permiso de Implantación: Documento emitido por el

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

~~gobierno municipal, que autoriza la implantación de postes, tendidos de redes y estructura fija de soportes de antenas y su infraestructura relacionada con todo tipo de servicio del tipo comercial de las empresas privadas, el mismo que se solicitará al municipio. El valor del permiso será un equivalente al 5% del costo total de cada estación. SENATEL: Secretaria Nacional de Telecomunicaciones. Redes de Servicio Comerciales: Conjunto de los elementos y partes existentes de todo tipo de red alámbrica instalados con la finalidad de suministrar servicios de comunicaciones, datos y otros, a cambio de una tarifa cobrada directamente a cada uno de sus usuarios.”. “Art. 18.- Cobro de una Tasa.- Las personas naturales, jurídicas, sociedades nacionales y extranjera todas ellas de carácter privado, deberán cancelar anualmente estas tasas Municipales, generadas por la implantación e instalación de postes, tendidos de redes y estructuras; además de la fijación de las ~~tasas correspondientes por la utilización u ocupación del espacio aéreo municipal, en el Cantón Chimbo; tasas que se cancelara por los siguiente~~ conceptos: 1. Estructuras Metálicas: Por cada estructura metálica de uso comercial de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, pagaran el 20% del RBU diario; así como también las utilizadas para uso de comunicación a celulares o canales de televisión. 2. Antenas para servicios celulares: Por cada una de las antenas instaladas en lo alto de las estructuras, y que forman parte de las redes para telecomunicaciones celulares, pagará el 7% del RBU diario; por concepto de uso de Espacio Aéreo. 3. Antenas para radio ayuda y radioaficionado: Por cada antena para radio ayuda fija y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo. 4. Antena para radio emisoras comerciales: Por cada antena para radio emisoras comerciales, éstas pagarán en base a la siguiente tabla:~~

COBERTURA DE RADIO	VALOR POR PAGAR
Radio Emisoras Comerciales con Cobertura a Nivel Nacional	5% RBU diario
Radio Emisoras	

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

Comerciales con Residencia Provincial USD. 2,00 diario Radio Emisoras
Comerciales con Residencia Cantonal USD. 1,50 diario 5. Antenas
parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión satelital:
pagaran el equivalente a tres centavos de dólares de los Estados Unidos
de Norteamérica diarios, por cada antena parabólica instalada en el área
geográfica del cantón, inventario establecido por la municipalidad. 6.
Cables: Los tendidos de redes que pertenezcan a las empresas privadas
estarán sujetos a una tasa diaria y permanente de un centavo de dólar
de los Estados Unidos de Norteamérica por cada metro lineal de cable
tendido, por ocupación de espacio aéreo, suelo o subsuelo. 7. Postes: Las
empresas privadas pagaran una tasa diaria y permanente de veinticinco
centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica por cada poste
instalado, por ocupación del espacio público o vía pública.”. **Art. 21.-
Infracciones y Sanciones.-** Está terminantemente prohibida la
implantación de infraestructura fija de soporte de antena e
infraestructura relacionada con la prestación del Servicio, que no cuente
con el permiso de implantación. Cualquier implantación irregular que sea
detectada por inspección o a través de denuncia, será objeto de
investigación y sanción según el caso. Después del debido proceso, se
impondrá una multa, equivalente a 20 salarios básicos unificados del
trabajador en general del sector privado, al prestador del Servicio
Comercial que impida u obstruya la inspección a cualquier estación
radioeléctrica fija que deba realizar un funcionario municipal habilitado.
La inspección será notificada al prestador del servicio en su domicilio, con
dos días laborales de anticipación. Si la instalación cuenta con el permiso
de implantación correspondiente, pero incumple algunas de las
disposiciones de la presente ordenanza o las correspondientes del
régimen de uso del suelo, vía pública y espacio aéreo, la autoridad
municipal impondrá al prestador del Servicio Comercial una multa
equivalente a 50 salarios básicos unificados y procederá a notificar al
titular en su domicilio, ordenando que se realicen los correctivos

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

necesarios en el término de 30 días, en caso de incumplimiento se ~~revocara el permiso de implantación y se procederá al desmontaje del elemento o equipo a costo del titular. Si se produce algún accidente o siniestro no previsto que afecte a terceros que sea imputable al prestador del Servicio Comercial, se hará efectiva la póliza, además el prestador del Servicio Comercial deberá cubrir el costo de los desperfectos o daños que se ocasionen y que no fueren cubiertos por la póliza y pagará una multa equivalente a veinte salarios básicos unificados del trabajador en general del sector privado~~". **c)** En cuanto a la competencia del órgano que emanó el acto normativo en *prima facie* podríamos decir que la Municipalidad del Cantón Chimbo es competente para emitir actos normativos tributarios en virtud de lo que dispone el artículo 567 del COOTAD. **d)** Esta Sala Especializada observa que la impugnación planteada tiene como principal propósito el examen de la legalidad del ~~acto normativo "Ordenanza" y no en contra de actos preparatorios del mismo~~. Ahora bien en cuanto a la pretensión accesoria de que se declare la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada, será tratada en su momento oportuno. **e)** Finalmente se puede apreciar, que dada la actual dinámica normativa tributaria, no ha sido necesario agotar la vía administrativa para proponer la presente acción. **ii)** En lo referente a los **requisitos subjetivos** esta Sala ha manifestado *ut supra* que, al no constituirse la presente acción como de orden popular, se debe considerar los requisitos subjetivos señalados arriba, y los cuales serán analizados a continuación: **a)** La demanda presentada ha sido planteada por el Director Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Telecomunicaciones, quien ha justificado su calidad a través de los documentos que han sido incorporados oportunamente en el expediente. **b)** En cuanto al interés directo de la parte actora, esta Sala Especializada verifica que ASETEL es una entidad de derecho privado que conforme lo ha justificado con la presentación de sus estatutos, que

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENZUELA

constan de fojas 282 a 289 del expediente, su objeto es “[...] ~~promover el desarrollo armónico del Sector de las Telecomunicaciones, la cooperación entre los miembros de la Asociación, así como la protección y defensa de los legítimos derechos e intereses de los asociados.~~ [...]”. En el caso materia de análisis es claro que el acto normativo impugnado tiene una directa incidencia sobre los derechos de los asociados de ASETEL, por cuanto el giro de su negocio va directamente relacionado según el accionante, a la supuesta tasa impuesta mediante la Ordenanza impugnada. **c)** En virtud del análisis realizado en el literal que antecede se ha demostrado que ASETEL guarda un interés directo con la presente acción. **iii)** En lo relacionado a los **requisitos formales**, esta Sala realiza las siguientes consideraciones: **a)** Como ya se ha indicado *ut supra*, esta Sala Especializada **es competente para conocer la presente acción de conformidad con lo que establece el numeral 2 ~~de la segunda parte del artículo 185 del Código Orgánico de la Función Judicial.~~** **b)** En virtud de que no existe un plazo establecido de presentación de la demanda de la acción prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala Especializada verifica que la acción ha sido planteada el 16 de mayo de 2016. **iv) Requisitos materiales:** Conforme se puede apreciar del texto de la demanda presentada la pretensión de los efectos que se busca a través de la acción planteada son: **a)** Efecto *erga omnes*. **b)** Se busca que mediante sentencia se declare la nulidad del acto normativo y la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la ordenanza impugnada.-----

V. ANÁLISIS DE FONDO

5.1.- Una vez justificada la calidad en la que comparece ASETEL, en el numeral 4.2, numeral ii), literales a), b) y c), y una vez enmarcada la

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

competencia de este Tribunal para conocer la acción objetiva propuesta de naturaleza tributaria, es menester realizar un análisis de las pretensiones de la parte actora, para lo cual se realizan las siguientes consideraciones: **5.1.1.** La parte actora en su pretensión procesal solicita: “ [...] que en sentencia se declare la anulabilidad total de la mentada **ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO**, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N° 264 de viernes 9 de febrero de 2015”. Si bien es cierto, la parte actora utiliza el término anulabilidad total, es importante señalar que sus alegaciones básicamente van encaminadas a controvertir los Arts. 1, 2, 18 y 21 de la Ordenanza impugnada y que se relacionan al Objeto de la ordenanza, definiciones, cobro de tasas e infracciones y sanciones. **5.1.2.** Ahora bien, esta Sala Especializada que la de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho consecuencia de la falta de contestación oportuna de la demanda, hace que la carga de la prueba acorde a sus afirmaciones recaer en la aparte demandada, en consecuencia se analizará 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)** De fojas 145 a 152 constan los Acuerdos del Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información N°s 041-2015 y 037-2013 **ii)** De foja 136 a 248 constan las sentencias 008-15-SIN-CC, 007-15-SIN-CC, 021-15-SIN-CC, 042-15-SIN-CC, 016-15-SIN-CC, 051-15-SIN-CC y 035-15-SIN-CC emitidas por la Corte Constitucional. **iii)** De fojas 252 a la 266 del expediente constan copias certificadas del oficio 00969 de la Procuraduría General del Estado. **iv)** De foja 272 a 279 el Oficio OFI-

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA Sala de lo Civil

~~ESPOL-R-OFC-0456-2016 con sus anexos v) De foja 282 a 289 constan compulsas de los Estatutos de Asetel vi) De la foja 290 a 212 constan las sentencias de las acciones objetivas 128-2013 y 93-2014 acumuladas y 129-2013 emitidas por la Corte Nacional de Justicia.-----~~

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 282 a 289 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:**

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

La Ordenanza materia de la presente impugnación tienen 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 contestación a la demanda fue extemporánea, esta deviene en negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de Derecho, es menester reanudar 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 QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO**, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N° 264 de viernes 9 de febrero de 2015, con todas las consecuencias jurídicas que implica una declaratoria de anulación, así como la anulación de todos los actos administrativos generados a partir de la promulgación de la 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 la Ordenanza impugnada, y para ello realiza las siguientes consideraciones: **i)** El artículo 18 de la

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA¹

Ordenanza impugnada se refiere al cobro de una tasa anual generada por la implantación e instalación de postes, tendidos de redes y estructuras además de la tasa correspondiente por el uso del Espacio Aéreo. Las referidas tasas deberían cancelarse por los conceptos de: Estructuras metálicas, Antenas de servicio celular, Antenas para radio ayuda y radioaficionado, antena para radio emisoras comerciales, antenas parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión satelital, cables y postes. **ii)** 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.”. **iii)** De la revisión de los conceptos por los cuales se crean las tasas referidas se evidencia que algunos de ellos, no todos, guardan relación con el interés directo justificado por ASETEL en su demanda, de tal forma que para el control de legalidad, esta Sala considera que es importante delimitar que únicamente se puede examinar los conceptos de: **a)** Estructuras Metálicas de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, utilizadas para uso de comunicación a celulares; y, **b)** Antenas para servicios celulares. **iv)** Con relación a los postes y cables, ASETEL debió demostrar que para prestar los servicios de telecomunicación, hace uso de los mismos y que hayan sido gravados por la Ordenanza municipal. **v)** En lo relacionado a las antenas para radio ayuda y radioaficionado, antena para radio emisoras comerciales y antenas parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión satelital, es claro que ASETEL no representa los intereses de las compañías que prestan este tipo de servicios, pues únicamente se refiere a actividades de prestación de servicios de telecomunicación.

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

vi) Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la Ordenanza ~~impugnada fue publicada en el Registro Oficial Edición Especial 264 de~~ 9 de febrero de 2015, en tanto que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones entró en vigencia el 15 de febrero de 2015, es decir después de que el acto normativo impugnado se encontraba en vigencia, por lo tanto el Concejo Municipal en su momento actuó conforme a Derecho, en la medida que 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 los cual creemos pertinente citar lo que el abogado Bernardo Lara Berrios en su documento “*HACIENDA PÚBLICA Y DERECHO TRIBUTARIO. EL DERECHO TRIBUTARIO: EL TRIBUTO*”, página 21 al citar al 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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

recibir concretamente un servicio sin que necesariamente le reporte un beneficio. Es importante resaltar que en algunas ocasiones la tasa se exige por el uso de un servicio público divisible que beneficia al particular y en otros casos no, por lo que la contraprestación de un servicio no implica una característica esencial de la tasa. 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 caso: 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 comunicación a celulares, la Ordenanza es contraria el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones referido *ut supra*, pues la comunicación a celulares forma parte de ~~transmisiones de redes~~ de radiocomunicación. 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.

6.1.6.- Teniendo como premisa lo señalado esta Sala Especializada concluye lo siguiente: **i)** El autor del acto impugnado es el Gobierno Autónomo Descentralizado de Chimbo, quien tiene la competencia para establecer actos normativos, y que antes de la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no estaba impedida de gravar el uso de espacio aéreo regional, provincial o municipal vinculadas a transmisiones de redes de radiocomunicación o frecuencias del espectro radioeléctrico. **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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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 264 del 9 de febrero de 2015, 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 (comunicaciones celulares) sufrieron de un hecho superviniente, que origina que se encuentre en contraposición con la norma superior. **iv)** La situación a la que se están avocada las normas relacionadas a comunicaciones celulares, es una suerte de **ILEGALIDAD** a partir de la expedición de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo tanto no suerte efecto dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta Sala considera que la situación de ilegalidad y nulidad de un acto normativo son sustanciales dentro de la comprensión del sistema normativo para entender los efectos que estas declaratorias producen, así pues a través de la declaración de ilegalidad se le otorga a la norma un periodo de existencia dentro del ordenamiento jurídico, mientras que la nulidad implica la inexistencia desde siempre de la norma impugnada, y va ligada por lo general a la incompetencia del órgano que emana el acto normativo, tal como han ocurrido en las acciones objetivas en que esta Sala Especializada ha declarado la nulidad de ordenanzas que fueron expedidas o publicadas con posterioridad a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **v)** Así pues esta Sala considera que el artículo 18 numerales, 1 y 2 son ILEGALES de la siguiente forma: En el numeral 1 existen tres tipos de objetos a ser gravados: **a)** Las estructuras metálicas de uso comercial, **b)** Las estructuras metálicas utilizadas para uso de comunicación a celulares, y, **c)** Las estructuras metálicas de comunicación de canales de televisión. En este sentido es claro que ASETEL únicamente representa el interés directo del concepto establecido en el literal b) de este numeral, por lo tanto la ilegalidad que se puede declarar en la presente

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

acción únicamente es respecto a las estructuras metálicas utilizadas para uso de comunicación a celulares. En lo relacionado al numeral 2 es claro que el objeto gravado son las antenas instaladas en lo alto de las estructuras que forman parte de las redes de telecomunicaciones celulares, hecho que se contrapone directamente a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, por lo tanto es ilegal en su forma íntegra. **vi)** Tal como lo hemos referido líneas arriba los demás conceptos gravados no forman parte del interés directo demostrado por ASETEL, por lo tanto, dentro de la presente acción no pueden ser analizados. **6.1.7.-** En lo referente al artículo 2 de la Ordenanza impugnada, esta Sala observa que su contenido no guarda relación con las tasas impugnadas y más bien realiza las definiciones de los términos que se utilizan a lo largo de la ordenanza, por lo tanto el análisis de esta norma deviene en improcedente. **6.1.8.-** En lo relacionado al artículo 21 se relaciona a las infracciones y sanciones que se impondrían a quienes implanten infraestructura de soporte o infraestructura de servicio sin que se haya realizado el pago del permiso de implantación cuyo valor, conforme a lo que establece el artículo 2 de la Ordenanza, es de 5% del costo total de la estación. En este sentido debemos indicar que tanto el permiso de implantación, cuanto las sanciones que se originan no su no obtención no constituye cuestiones de índole tributaria, sino administrativa, por lo tanto no corresponde a este Tribunal pronunciarse al respecto. **6.1.9.-** En lo referente al artículo 1 de la Ordenanza impugnada tampoco guarda relación al ámbito tributario sino al objeto general de aplicación de la ordenanza, por lo que analizarlo deviene en impertinente. **6.1.10.-** 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

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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 accionen es 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 1, 2, y 21 de la Ordenanza publicada en el Registro Oficial Edición Especial 264 de 9 de febrero de 2015, son improcedentes pues no guardan relación con la materia Tributaria.

3) Teniendo en consideración el interés directo demostrado por ASETEL, dentro de la ordenanza municipal impugnada titulada **“ORDENANZA QUE REGULA LA UTILIZACIÓN U OCUPACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO O LA VÍA PÚBLICA Y EL ESPACIO AÉREO MUNICIPAL, SUELO Y SUBSUELO, POR LA COLOCACIÓN DE ESTRUCTURAS, POSTES Y TENDIDO DE REDES PERTENECIENTES A PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS PRIVADAS DENTRO DEL CANTÓN CHIMBO**, publicada en el Registro Oficial Edición Especial N° 264 de viernes 9 de febrero de 2015,” esta es ILEGAL en lo relacionado

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

a lo que transmisiones de redes de radiocomunicación de las celulares se refiere, puesto que es anterior a que entre en vigencia el artículo 104 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por lo expuesto se declara la ilegalidad de los numerales 1 y 2 del artículo 18 de la siguiente manera: **i)** En el numeral 1) del artículo 18 se declara ilegal la frase “*comunicación a celulares o*”. **ii)** El numeral 2) del artículo 18 se declara ilegal en su contenido íntegro. En virtud de lo señalado el artículo 18 de la Ordenanza impugnada, deberá rezar de la siguiente manera:

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

1. Estructuras Metálicas: Por cada estructura metálica de uso comercial de propiedad privada instaladas en zonas urbanas o rurales dentro del cantón y otras, pagaran el 20% del RBU diario; así como también las utilizadas para uso de canales de televisión.
2. Declarado Ilegal
3. Antenas para radio ayuda y radioaficionado: Por cada antena para radio ayuda fija y radioaficionado, éstas pagarán diez centavos de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica diarios por concepto de uso de Espacio Aéreo.

VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

4. Antena para radio emisoras comerciales: Por cada antena para radio emisoras comerciales, éstas pagarán en base a la siguiente tabla:

COBERTURA DE RADIO	VALOR POR PAGAR
Radio Emisoras Comerciales con Cobertura a Nivel Nacional	5% RBU diario
Radio Emisoras Comerciales con Residencia Provincial	USD. 2,00 diario
Radio Emisoras Comerciales con Residencia Cantonal	USD. 1, 50 diario

5. Antenas parabólicas para recepción de la señal comercial de televisión satelital: pagaran el equivalente a tres centavos de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica diarios, por cada antena parabólica instalada en el área geográfica del cantón, inventario establecido por la municipalidad.

6. Cables: Los tendidos de redes que pertenezcan a las empresas privadas estarán sujetos a una tasa diaria y permanente de un centavo de dólar de los Estados

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 a lo largo de esta sentencia.

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

VI.- DECISIÓN

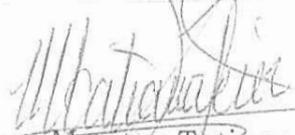
Por las consideraciones expuestas, este Tribunal, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente: -----

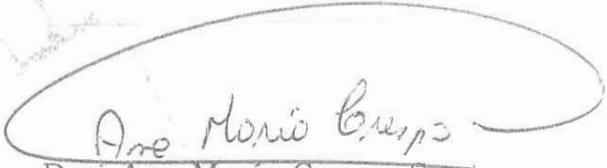
VOTO SALVADO DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

SENTENCIA

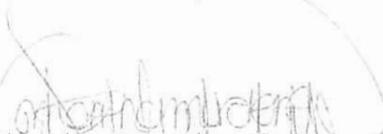
Se acepta parcialmente la demanda propuesta por el Ing. Roberto Aspiazu Estrada, DIRECTOR EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES (ASETEL), en los términos analizados en el presente edicto.. **Notifíquese, publíquese en el Registro Oficial, y cúmplase.**


Dr. José Luis Terán Suárez
JUEZ PRESIDENTE


Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia
JUEZA NACIONAL


Dra. Ana María Crespo Santos
JUEZA NACIONAL

Certifico:


Ab. Alejandra Morales Navarrete
SECRETARIA RELATORA

En Quito, lunes veinte y cuatro de abril del dos mil diecisiete, a partir de las ~~quince~~ ^{Sala de} horas y cincuenta y ocho minutos, mediante boletas judiciales notifiqué la ~~SE~~ 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 BARBARAMOS. ALCALDE Y PROCURADOR SINDICO DEL CONSEJO CANTONAL DEL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON CHIMBO, PROVINCIA DE BOLIVAR en la casilla No. 696 y correo electrónico micaelanaranjomorales@gmail.com; secretaria@municipiodechimbo.gob.ec; jchrabg50@hotmail.com; felix1ernesto@yahoo.com; eberaldom@hotmail.com del Dr./Ab. JULIO MESIAS CHACA RAMIREZ. No se notifica a PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO por no haber señalado casilla. 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. 17751-2016-0116 que sigue la ASOCIACION DE EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES ASETEL en contra del GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON CHIMBO, las mismas que las confiero debidamente certificadas. Quito, 28 de abril del 2017. Certifico.-


 ABG. MARTHA ALEJANDRA MORALES NAVARRETE
 SECRETARIA RELATORA





Ing. Hugo Del Pozo Barrezueta
DIRECTOR

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

www.registroficial.gob.ec

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

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

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