Wenda M no. 391

MUÑOZ ABADÍE
ASESORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL

SEÑORES SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.-

JAIME GUILLERMO TALBOT DUEÑAS por los derechos que represento de la compañía **BANCO DEL AUSTRO S.A.,** en mi calidad de GERENTE GENERAL y como tal, representante legal de aquella, compañía de nacionalidad ecuatoriana, con RUC # 0190055965001 y con domicilio legal en la ciudad de Cuenca, en relación con el Recurso de Casación No. 1775120160366, a ustedes y al amparo de lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador y 58 a 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucionalatentamente digo, solicito y demando acción extraordinaria de protección constitucional:

I
CALIDAD EN QUE SE COMPARECE

Comparezco en mi calidad de Gerente General de la compañía **BANCO DEL AUSTRO S.A.** conforme lo acredito con la copia certificada de mi nombramiento, que acompaño a la presente demanda.

II
IDENTIFICACIÓN DE LAS PROVIDENCIAS IMPUGNADAS POR INCONSTITUCIONALES

Por medio de la presente **Acción Extraordinaria de Protección** impugnamos las siguientes providencias definitivas y ejecutoriadas:

1. La **sentencia** notificada el 5 de mayo de 2016 dentro del juicio No. 01501-2014-0061 dictada por EL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No.3, con sede en CUENCA, mediante la cual se declaró sin lugar la demanda de mi representada; y,

2. El **auto** de inadmisión del recurso de casación emitido el 26 de julio de 2016; por los Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

III
CONSTANCIA DE LA EJECUTORIA DEL AUTO Y SENTENCIA IMPUGNADOS

Manifestamos bajo la gravedad del juramento que, las decisiones judiciales impugnadas son firmes, definitivas y se encuentran debidamente ejecutoriadas, toda vez que hemos agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios y medios procesales de impugnación dentro de los plazos legales que estipula el ordenamiento procesal ecuatoriano.

MUÑOZ ABADÍE
ASESORIA JURIDICA EMPRESARIAL

IV

DEMOSTRACIÓN DE HABER AGOTADO LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS PERMITIDOS POR LA LEY

1.- Respecto de la sentencia dictada por el TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No.3 CON SEDE EN CUENCA: mi representada agotó todos los recursos ordinarios y extraordinarios de Ley incluyendo el recurso extraordinario de CASACIÓN; por lo que al no existir otras acciones judiciales que puedan plantearse se encuentran legalmente agotados todos los recursos permitidos por la Ley, a excepción de la acción extraordinaria de protección materia del presente libelo.

2.- **Respecto del auto de inadmisión** dictado por la SALA ESPECIALIZADA DEL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, mi representada agotó todos los recursos ordinarios y extraordinarios de Ley al peticionar dentro de los términos legales, recurso horizontal de revocatoria que fue negado mediante providencia dictada el 26 de julio de 2016; por lo que al no existir otras acciones judiciales que puedan plantearse se encuentran legalmente agotados todos los recursos permitidos por la Ley, a excepción de la acción extraordinaria de protección materia del presente libelo.

Adicionalmente, se demuestra que nos encontramos dentro del término de 20 dias que permite el Art. 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para interponer la presente Acción Extraordinaria de Protección Constitucional.

V

SEÑALAMIENTO DE LA JUDICATURA, SALA O TRIBUNAL QUE PROFIRIÓ LAS PROVIDENCIAS IMPUGNADAS.

La **sentencia** impugnada fue proferida por los doctores MARCO TOBAR SOLANO, RODRIGO PATIÑO LEDESMA Y MIGUEL CRESPO CRESPO, miembros del TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No.3, con sede en CUENCA.

El **auto definitivo,** impugnado fue dictado por el doctor DARIO VELASTEGUÍ, quien se desempeña como CONJUEZ DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.

V

ANTECEDENTES

La sentencia y el auto impugnados tienen como antecedentes los hechos que a continuación indicamos:

1. En el año 2011, el Banco del Austro S.A. diseña una operación comercial internacional para atender de forma rápida y eficiente el envío de dinero de EEUU al Ecuador. La operación comercial consiste en recibir dólares de personas domiciliadas en los Estados Unidos de América y entregar inmediatamente a personas residentes en Ecuador una cantidad equivalente.

vuelta 4 fs-43-

MUÑOZ ABADÍE
ASESORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL

2. Para cumplir con este servicio de forma más eficiente y cómoda para los usuarios, el Banco del Austro S.A., decidió no transferir al Ecuador los dineros depositados por sus clientes en EEUU, sino que una vez efectuado el pago automáticamente entregaba en Ecuador a los beneficiarios el dinero con recursos locales que el propio Banco tenía en el país.[1]
3. Como consecuencia de ello la autoridad tributaria inicia un proceso de determinación en contra del Banco del Austro S.A. para definir si el Banco recibió en sus cuentas bancarias en el exterior, depósitos realizados por personas no domiciliadas ni residentes en el Ecuador por concepto de giros o remesas.

4. Con fecha 4 de Octubre de 2013, el Servicio de Rentas Internas emite un acto administrativo mediante acta de determinación No.0120130100084[2]; en contra de BANCO DEL AUSTRO S.A., respecto de la obligación de pagar la diferencia del impuesto de salida de divisas correspondiente a los meses de enero a diciembre de 2011.

---

[1] Esta operación bancaria de carácter contable obviamente no implica ninguna trasferencia de recursos ni el ingreso de divisas al país, mucho menos la salida de divisas del Ecuador hacia el exterior por lo que no se ajusta ni al concepto ni al hecho generador del impuesto a la salida de Divisas, que por su propia naturaleza implica el envío o transferencia de dinero desde el Ecuador al Exterior; de tal suerte que la actividad realizada por el Banco no estuvo nunca tipificada, como el hecho generador de este impuesto dado que lo que existe en una operación contable y no una transferencia de recursos entre países mucho menos una SALIDA de divisas.

Ahora bien, por razones desconocidas está circunstancia nunca fue entendida por el SRI al punto de que para intentar encuadrar la actividad del Banco del Austro en el ámbito de aplicación del impuesto a la SALIDA de divisas, se dictó una resolución administrativa, la Circular NAC-DGECCGC12-00017, Publicada en el R.O. No.806 del 9 de Octubre de 2012.que encuadro esa actividad como salida de divisas y como consecuencia de ello expidió el acta de determinación cuya impugnación fue el origen y la causa eficiente de la sentencia impugnada por esta vía.

[2] Acta de determinación No.0120130100084.

5. Dicho acto administrativo se fundamentó en el art.156 No.3 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 583 de 24 de Noviembre de 2011[3]; así como en el numeral 5 de la circular NAC-DGECCG12-00017 emitida por la Administración Tributaria, Publicada en el R.O. No.806 del 9 de Octubre de 2012.

6. El 5 de noviembre de 2013, el Banco del Austro S.A. impugnó, en sede administrativa, el acta de determinación mencionada; impugnación que fue NEGADA por el Servicio de Rentas Internas, mediante resolución[4] de fecha 14 de abril de 2014, justificando la negativa en la tesis de que las transferencias al exterior realizadas mediante compensaciones causan el impuesto de salida de divisas sobre el monto total de la operación y no sobre el saldo neta transferido, de tal manera que los contribuyentes deben efectuar la liquidación del pago del impuesto tomando en consideración la totalidad de la operación. Señalan además que el hecho generador del impuesto es la transferencia o traslado de divisas al exterior, en efectivo o a través de giros de cheques transferencias envíos[5] o pagos de cualquier naturaleza realizados con o sin intermediación del sistema financiero.

7. Esta resolución fue impugnada jurisdiccionalmente ante el TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO CON SEDE EN

[3] Esta supuesta fundamentación constituye lo que la doctrina denomina una falsa motivación, debido a que genera una aparente justificación basada en otorgarle efectos a la norma en sentido contrario a la intención del legislador y la finalidad de la norma.
[4] Resolución No.101012014RREC008917
[5] Resáltese que el hecho generador es el traslado de divisas AL EXTERIOR y no ingreso de divisas desde el exterior.

MUÑOZ ABADÍE
ASESORÍA JURÍDICA EMPRESARIAL

CUENCA, mediante demanda presentada legal y oportunamente, el día 14 de mayo de 2014.

8. La demanda fue NEGADA mediante sentencia de 5 de mayo de 2016, la cual es objeto de la presente acción extraordinaria de protección.

9. El 12 de mayo de 2016, el Gerente General del Banco del Austro S.A. presentó Recurso Extraordinario de Casación en contra de la sentencia objeto de la presente acción.

10. El 12 de julio de 2016, el Dr. Dario Velastegui, conjuez de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, mediante auto definitivo objeto de la presente acción extraordinaria de protección, inadmitió el Recurso de Casación interpuesto por el Banco del Austro S.A., entre otras razones por considerar que el casacionista no había fundamentado de manera adecuada su demanda, a efectos de permitir su análisis por parte del tribunal de casación.

11. El 15 de julio de 2016, El Banco del Austro S.A. presentó recurso de revocatoria, respecto del auto de inadmisión objeto de esta acción, el cual fue NEGADO mediante auto de fecha 26 de julio de 2016. En este auto el conjuez ponente ratificó el criterio de la Sala Tributaria de la Corte Nacional en virtud, del cual en materia contencioso tributaria, no cabe Recurso de Revocatoria por cuanto el auto de inadmisión tiene calidad de auto resolutivo definitivo.

VI

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS POR LA DECISIÓN JUDICIAL

Los derechos constitucionales vulnerados con las decisiones judiciales impugnadas son los siguientes:

RESPECTO DE LA SENTENCIA:

1. **Vulneración del derecho de reserva legal en materia tributaria** consagrado en el art. 301 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone:

   "Art. 301.- **Sólo** por iniciativa de la Función Ejecutiva y **mediante ley** sancionada por la Asamblea Nacional **se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos.** Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley."

Como es sabido uno de los principios más importantes de un Estado de Derecho es el principio de legalidad. Según este principio mientras los particulares pueden hacer todo lo que no les está expresamente prohibido, el Estado solamente puede hacer aquello que le está expresamente permitido, a través de la Constitución o la ley en sentido material.

Es por ello que una de las potestades más importantes del Estado, vinculada justamente con su carácter democrático es la facultad de expedir

normas jurídicas. Desde los tiempos de la revolución francesa, esta facultad normativa fue atribuida esencialmente a los órganos y funciones del Estado que gozan de legitimidad democrática, bajo la consideración de que las normas no solamente deben ser válidas sino que además tienen que ser legítimas.

Por la trascendencia social y económica que tienen este tipo de normas, en el caso de la creación o modificación de obligaciones fiscales y de cargas tributarias a los ciudadanos, esta obligación de legitimación democrática se hace más estricta por lo que históricamente uno de los primeros casos de reserva legal que existió fue aquella establecida en relación con la creación modificación y suspensión de tributos, de tal suerte que solo los representantes del pueblo legítimamente elegidos para ejercer la función legislativa pueden modificar, crear o extinguir tributos. Esta manifestación particular del principio democrático ha sido recogida por todas las constituciones ecuatorianas desde 1830 pero es particularmente importante en la constitución vigente de 2008, que recoge este principio en dos disposiciones constitucionales; el art. 132 numeral 3 y el art. 301.Mientras el primero dispone que la Asamblea Nacional expedirá como leyes, las normas generales de interés común y que se requerirá de Ley expresa cuando se quiera 1.- regular el ejercicio de derechos.2.- Establecer sanciones y 3.- Crear modificar o extinguir tributos. EL art. 301 de la Constitución de la República del Ecuador establece, que solo por acto normativo de la Asamblea Nacional podrán establecerse, modificarse o exonerarse, o extinguirse impuestos.

En el presente caso la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, creó el impuesto a la salida de Divisas y determinó como hecho generador del mismo la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través

del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza; pero esta ley nunca se creó o fue pensada para gravar actividades financieras o comerciales realizadas en el exterior por personas jurídicas ecuatorianas; sin embargo de lo cual el SRI y el juez en la sentencia cuya constitucionalidad se impugna consideran que es posible crear, o en este caso, modificar tributos a través de un acto administrativo reglamentario.[6]

En todo caso, si la intención del legislador nacional era gravar con un impuesto esta actividad comercial y financiera licita, bien lo podia hacer pero siguiendo los procedimientos constitucionales y legales establecidos. En nuestro caso ello implicaba, obviamente, promover una reforma legal que, o bien modificará la definición del tributo y del hecho generador al impuesto a la salida de divisas; o bien, creará un nuevo impuesto que gravará esta actividad comercial. Materializar esta decisión de la autoridad tributaria jamás se pudo haber hecho como se hizo a través de un acto reglamentario ad hoc en una circular, mucho menos mediante una glosa, y lo que es más grave, un juez de la republica jamás habría podido avalar esta decisión sin incurrir en una falta grave a sus funciones, so pena de incurrir en una flagrante vulneración al principio de legalidad y a la reserva de ley tributaria, como efectivamente ocurrió en este caso.

En definitiva: la sentencia dictada por el tribunal distrital de lo contencioso administrativo de Cuenca, al desechar la impugnación del acta de determinación que violaba el principio de reserva de ley tributaria, no solo incurrió en un error jurídico de carácter legal, sino que vulneró

[6] Nos referimos a la Circular NAC-DGECCG12-00017 emitida por la Administración Tributaria, Publicada en el R.O. No.806 del 9 de Octubre de 2012, por medio de la cual se encuadra dentro del hecho generador del impuesto de salida de divisas a la actividad comercial y bancaria realizada por el Banco del Austro S.A. y sus clientes en EEUU.

Corrida 4 seis 46

flagrantemente el principio de legalidad y la reserva de ley tributaria establecidos en los artículos 132 numeral 3 y 301 de la Constitución de la República del Ecuador; y, es por ello que procede la acción extraordinaria de protección contra dicha sentencia y que la Corte Constitucional está en la obligación de declarar esta vulneración y repararla de forma integral.

2. **Violación del principio de Irretroactividad en materia tributaria.**

La sentencia impugnada no solo viola el principio de reserva de ley y el principio de legalidad, sino que lo que es peor, desconoce otro principio cardinal de la actividad tributaria del Estado: el principio de irretroactividad en materia tributaria consagrado también como garantía constitucional en el art. 300 de la Constitución de la República del Ecuador, que dispone:

> "Art. 300.- El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, **irretroactividad,** equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos."

Como se sabe otra de las garantías básicas de un Estado de Derecho incorporadas en la Constitución de 2008 es el principio de irretroactividad de la ley, que es particularmente importante en materia tributaria y que permite determinar que cualquier imposición de una carga tributaria solo puede referirse a situaciones acaecidas con posterioridad a la aprobación de la norma tributaria.

En este caso la sentencia objeto de la presente acción desconoce flagrantemente, este principio puesto que avala jurisdiccionalmente una decisión de la administración tributaria de generar una glosa por las inconsistencias en la declaración de impuesto de salidas de divisas del año fiscal 2011, sustentado su decisión en una norma posterior a los hechos generadores; esto es, porque el artículo 156 inciso 3 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, fue reformado en noviembre de 2011 con lo cual NO podía regular situaciones o hechos producidos con anterioridad.

Más claro: La modificación del art. 156 numeral 3, que entró a regir el 24 de noviembre de 2011, no puede normar el pago de un impuesto generado entre enero y octubre de 2011, como lo pretendió el Servicio de Rentas Internas y lo ratificó el Juez ponente de la sentencia impugnada.

Y lo que es peor, la administración tributaria, para configurar el hecho generador del impuesto, le aplicó a mi representada un concepto de "compensación internacional" que nace en una circular de fecha 9 de octubre de 2012, con lo que hecha abajo el principio de irretroactividad de las normas tributarias; y el Juez no solo que lo permite sino que lo ratifica.

En definitiva, el juez de instancia con su sentencia de 5 de mayo de 2016 no solo confirma una decisión administrativa arbitraria e ilegal sino que vulnera flagrantemente el principio de irretroactividad de la ley tributaria establecido en el artículo 301 de la Carta Fundamental; acción que debe ser impedida por la Corte Constitucional mediante la resolución de la presente acción extraordinaria de protección.

3.- Vulneración al derecho de la seguridad jurídica, consagrada en el art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 82 de la Constitución de la Republica del Ecuador determina que: "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".

Como es conocido, en un Estado Constitucional de derechos y justicia, el fin primordial es la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos conforme lo reconoce la Constitución en el artículo 3 numeral 1; este artículo dispone:

"Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.... "

Sobre esta base, la garantía normativa dispuesta en el artículo 84 de la Constitución prevé que ninguna norma podrá restringir el contenido de los derechos. El objetivo buscado por el constituyente es asegurar el cumplimiento del fin primigenio del Estado, esto es, la plena efectividad de los derechos constitucionales y reconocidos en instrumentos internacionales de los derechos humanos. Se debe mencionar también que es deber de todo funcionario público interpretar las normas de la forma que más favorezcan a la efectiva vigencia de los derechos establecidos en la Constitución, así como también, de acuerdo con el art. 11 numeral 4 de la carta fundamental :

"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales. 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia."

En ese contexto, la administración tributaria como parte esencial del Estado, está sujeta a los mandatos de la Constitución y debe actuar e interpretar las normas constitucionales y legales conforme a la Constitución.

En este caso, la sentencia impugnada vulnera el principio de seguridad jurídica al confirmar una interpretación del Servicio de Rentas Internas que en lugar de favorecer la efectiva vigencia de los derechos de los administrados los restringe. Y lo hace porque al soportar la decisión de dejar con vida el acta de determinación No.0120130100084 en una aplicación extensiva y descontextualizada del art. 17 del Código Tributario, incurre en una vulneración flagrante del principio y derecho a la seguridad jurídica, puesto que con la aplicación del principio de realidad económica propio del derecho mercantil al ámbito tributario genera un espacio de discrecionalidad tan grande en la administración tributaria que deviene en franca arbitrariedad; acción que resulta evidentemente contraria a la certeza jurídica amparada por la constitución.

Concretamente el juzgador de instancia vulnera la Constitución al considerar que al derecho tributario le es aplicable el principio de realidad económica del contrato, que es propio del derecho mercantil, ya que a diferencia de lo que opina el Juez en materia tributaria donde existe un principio de legalidad

tributaria, estricto, la determinación de la forma de pago de los tributos es competencia exclusiva del legislador y no puede ser dejada al arbitrio de una interpretación antojadiza de la realidad económica. El sustento para determinar el pago de tributos es la norma jurídico fiscal, la cual debe interpretarse de forma estricta de tal modo que cuando se pretenda aplicar un impuesto a unos hechos generadores del tributo, se lo haga con estricta observancia a la literalidad del mandato legal, y no atendiendo a interpretaciones extensivas o teleológicas de la realidad económica.

En el derecho tributario se aplica estrictamente el principio de legalidad y por lo tanto ni la autoridad tributaria, ni el juez están autorizados para aplicar la teoría de la equivalencia económica como se lo hizo en la sentencia impugnada. En materia tributaria es muy importante el estatus jurídico, lo cual va de la mano del derecho a la igualdad formal, pero sobre todo a la igualdad material.

Por lo tanto, cuando el Juez sustenta su decisión en la aplicación extensiva del artículo 17 del Código Tributario, en lo que respecta a la interpretación económica desconoce el principio de seguridad jurídica, pues si el Juez, en su sentencia va incorporando o excluyendo de manera arbitraria supuestos de deducción, exenciones, tarifas, lo que está haciendo en realidad es atentando contra la necesaria certeza que debe existir en materia de obligaciones y cargas tributarias.

En este caso el Juez con su aplicación inconstitucional del art. 17 permite la regulación extralegal de los tributos a las actividades económicas internacionales del BANCO DEL AUSTRO S.A.

Desde el punto de vista constitucional es tan grave la actuación del Juez de instancia, en la aplicación del art.17 del Código Tributario al caso del Banco

del Austro S.A. que ameritaria la declaratoria de inconstitucionalidad conexa del art. 17 o en todo caso una interpretación obligatoria del máximo órgano de la Justicia Constitucional Ecuatoriana sobre la materia, de tal suerte que se impida la utilización del art. 17 del Código Tributario, como sustento de acciones que atentan contra el principio de legalidad y contra el derecho a la Seguridad Jurídica.

RESPECTO DEL AUTO DE INADMISIÓN:

El auto de inadmisión ha vulnerado el debido proceso por varios motivos:

1.- **Por la vulneración de la obligación de motivar las resoluciones.**

Como es sabido, todo Juez tiene la obligación de **motivar las resoluciones judiciales**, conforme lo dispone el artículo 76 numeral 7 literal L de la Constitución de la Rrpública que específicamente dice:

> "Art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones **de cualquier orden**, se asegurará el **derecho al debido proceso** que incluirá las siguientes garantías básicas:
>
> **7.El derecho de las personas a la defensa** incluirá las siguientes garantías:
>
> **M.** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. (...)"

En relación con la obligación de motivar las resoluciones judiciales la Corte Constitucional en sentencia N.º 092-13-SEP-CC, estableció los elementos que deben contener las sentencias para que las mismas se encuentren debidamente motivadas. Específicamente dijo: "[...] la exposición por parte de la autoridad judicial con respecto a la decisión adoptada debe hacérsela de forma: i. Razonable, es decir sea fundada en los principios constitucionales; **ii. Lógica,** lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, **iii. Comprensible,** es decir que el fallo goce de claridad en el lenguaje".

En este caso, el conjuez de la Corte Nacional Dr. Dario Velastegui si bien formalmente analizó el cargo de indebida aplicación del articulo 273 del Código Tributario, en realidad incurrió en una vulneración a la obligación de motivar por cuanto su decisión adolece de incoherencia dado que cuando anuncia que va a analizar la indebida aplicación del articulo 273, en lugar de justificar porque a su juicio el juez de instancia si aplicó correctamente dicho articulo del Código Tributario; extrañamente no analiza el contenido de este articulo, sino que incurriendo en una total falta de lógica y de coherencia, se refiere al texto del articulo 17 del mismo código, lo cual transforma en incompresible el auto; e implica un desconocimiento de las reglas o requisitos de motivación definidos por la Corte Constitucional, concluyendo que el recurrente no ha justificado cual era la norma que correspondia aplicar, ni demuestra la incidencia del vicio en la decisión tomada en la sentencia.

Por estas razones, señores Jueces de la Corte Constitucional, solicitamos la declaratoria por parte de ustedes, de que el auto de inadmisión de 12 de julio de 2016, impugnado mediante esta acción, vulnera el mandato constitucional

de motivación de las resoluciones ya que reiteramos adolece de falta de lógica y comprensibilidad según su reiterada jurisprudencia.

2. Por la violación del principio de congruencia.

El auto de inadmisión de 12 de julio de 2016, vulnera también el principio de congruencia, y configura lo que en la doctrina comparada se conoce como falsa motivación.

De acuerdo con el derecho comparado y particularmente con la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.[7] *la falsa motivación, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Para que prospere la pretensión de falsa motivación es necesario que EL RECURRENTE demuestre que los hechos que tuvo en cuenta el tomador de la decisión para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada.. Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos.*"

Reiteramos, el conjuez Velastegui, profirió un auto de inadmisión en el que aparentemente atiende los requerimientos de la motivación, en realidad cometió un error de congruencia que afecta la validez constitucional de su resolución pues justifica la improcedencia de la causal 1 respecto de la indebida aplicación del artículo 273 del código tributario aludiendo y

[7] Ver Consejo de Estado de Colombia, Sentencia 16660 del 15 de marzo de 2012.

utilizando argumentos que se relacionan con otra disposición normativa: El artículo 17 del mismo código.

Por consiguiente el Juez, no motiva la no procedencia del cargo de indebida aplicación del art. 273 del Código Tributario.

3.- Por la violación del **derecho a la defensa.**

EL derecho a la defensa está consagrado en el art. 76 numeral 7 literal A de la Constitución de la República del Ecuador que señala:

> "**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.
>
> En el caso que nos ocupa, la inadmisión del Recurso de Casación además viola el derecho de defensa pues deja en indefensión al Banco del Austro S.A., dado que, le impide a mi representado el acceso a la Sala Tributaria de la Corte Nacional de Justicia, ya que imposibilita que los Jueces de Casación escuchen sus argumentos de defensa relacionados con la inadecuación de la conducta comercial realizada por el BANCO DEL AUSTRO S.A. respecto del hecho generador del Impuesto a la salida de Divisas.

Específicamente impide al Banco argumentar sobre la indebida y extemporánea aplicación del numeral 5 de la circular No. NAC-DGECCG12-00017 emitida por la Administración Tributaria, Publicada en el R.O. No.806 del 9 de Octubre de 2012, que es el fundamento de la glosa por actividades comerciales realizadas por el BANCO DEL AUSTRO S.A. en el 2011 cuando esta circular entra a regir desde el 2012; es de todo conocido que el derecho de defensa en materia tributaria está relacionado con la aplicación del principio de legalidad y la irretroactividad de las normas tributarias, materia que no pudo ser conocida por el Juez de Casación por la omisión en la que incurrió el Juez Velastegui.[8]

3. **Vulneración del art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador, que consagra el principio del Carácter instrumental del Sistema Procesal como herramienta para la realización de la Justicia Material.**

El art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que "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."

En ese contexto, el auto emitido el 12 de julio de 2016; por el Juez Velastegui, vulnera el contenido del art. 169 Constitución de la República del

[8] Art. 132 #3 y 300 de la Constitución de la República del Ecuador

Conjuez 4110-S12

Ecuador, dado que todo el sistema procesal ecuatoriano, incluyendo el Recurso Extraordinario de Casación, es un medio para la realización de la Justicia y las normas procesales; en consecuencia, están destinadas a garantizar el debido proceso, no pudiéndose condicionar la justicia material, de la decisión a una supuesta omisión de formalidades; sino que, estas deben estar al servicio de la realización de la justicia.

En este caso a pesar de que la Casación es un recurso extraordinario y que tradicionalmente ha sido considerado formal, esto no es óbice para que como lo hizo el Conjuez Velastegui, se deseche de plano, el conocimiento de un caso y se declare su improcedencia por el incumplimiento de formalidades no sustanciales que además no están expresamente establecidas en la norma que regula la materia, en este caso el art. 3 numeral 1 de la Ley de Casación, dice que las causales en que puede fundamentarse el recurso son Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, nunca dispone que para justificar la Aplicación Indebida de una norma el recurrente tenga la carga de indicar cuál es la norma que debe ser aplicada, en el mejor de los casos esta sería una práctica judicial recomendable pero no determinante para la procedencia o improcedencia del Recurso:

> "Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación solo podrá fundarse en las siguientes causales:
> 1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva..."

El auto de inadmisión determina que para viabilizar el recurso por la causal primera el Juzgador debe considerar los siguientes elementos: a) La individualización de la norma de derecho o los precedentes obligatorios inaplicados o infringidos la fundamentación del cargo y la relación de necesidad y causalidad entre la infracción y, b) la parte dispositiva de la sentencia.

La norma del art. 3 de la Ley de Casación no obliga al casacionista a determinar cuál es la norma que corresponde aplicar en lugar de la no aplicada por el Juez de instancia, todos estos son requisitos "adicionales" que si bien facilitan la acción del Juez de casación, sobrepasan la intención del legislador; y, por tanto, no pueden ser considerados como un parámetro obligatorio de la procedencia del Recurso Extraordinario de Casación; so pena de incurrir en una vulneración constitucional al art. 169 de la Constitución de la República del Ecuador.

Ello fue lo que justamente ocurrió en el caso del auto de inadmisión objeto de la presente acción extraordinaria de protección; pues el Conjuez ponente, define como el motivo central de la inadmisión el incumplimiento por parte del recurrente de unos requisitos de forma que no están definidos en la Ley de Casación, sino que son lineamientos que la doctrina ha desarrollado para garantizar la eficacia del litigio en materia de Casación.

4.- La vulneración del derecho a la seguridad jurídica.

El art. 82 de la Constitución de la Republica del Ecuador, define el derecho a la Seguridad Jurídica y establece que consiste en el respeto a la

Acuerdo M 03-SL

Constitución y en la existencia de **normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes,** lo cual significa asegurar a las personas una precisión y una exactitud, en el contenido de sus derechos y deberes frente a la Constitución y a la Ley, tiene que ver con la estabilidad del Ordenamiento Jurídico y con la previsibilidad de las acciones del estado, evita la arbitrariedad de las autoridades prohibiendo la interpretación y la aplicación de disposiciones jurídicas desconocidas ad hoc, **o que contravengan lo regulado por normas jurídicas superiores.**

Al respecto la Corte Constitucional Ecuatoriana, en reiteradas ocasiones, se ha pronunciado respecto del principio de seguridad jurídica manifestando que:

> "...la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho (...) y tal virtud la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados, y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela." [9]

En otra ocasión la Corte Constitucional ha concluido que:

> "...si la seguridad jurídica ha sido establecida jurisprudencialmente por este tribunal como "un derecho, es decir, es aquella prerrogativa que ostentan todas las personas para exigir el respeto de la norma constitucional tanto a través de la formulación de normas jurídicas previas, claras y públicas

[9] Sentencia N.°249-12-SEP-CC. Caso N.° 0099-11-EP, R.O.S. N.°797 de 26 de septiembre del 2012.Tambien: Sentencia NO. 069 – 10 – SEP CC, CASO 1678 -10 –EP: RO Supiemento No. 797 de 26 septiembre de 2012

como también respecto a su correcta aplicación por parte de las autoridades competentes, no puede la Corte Constitucional sino garantizar el cumplimiento efectivo de este derecho constitucional al momento de verificar la constitucionalidad por el fondo de las resoluciones mencionadas.."[10]

El desarrollo efectivo de las capacidades del ser humano exige un mínimo de seguridad, tranquilidad y certidumbre, que coadyuven al uso y goce eficaz de sus derechos, que no sean obstaculizados por la arbitrariedad no solo de las autoridades, de ahí que la seguridad no se reclama solo del Estado en sus distintas funciones, sino también del sector privado, sea de colectivos o de particulares que pueden amenazar los derechos de las personas, y en este caso se trata no solo de personas individualmente consideradas, sino también de personas jurídicas y aun de entes estatales. La seguridad constituye un conjunto de condiciones, de medios y procedimientos jurídicos eficaces, que permiten desarrollar la personalidad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos sin miedos, incertidumbres, amenazas, daños y riesgos, los cual crea un ambiente de previsibilidad, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio, y provoca protección frente a la arbitrariedad y a la vulneración del orden jurídico, generados no solo por el Estado, sino también por particulares. De esta manera, la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En

[10] Sentencia No. 014-15- SIN-CC

Cuerpo 4 fs-53

este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada.[11]

En definitiva la seguridad Jurídica, es el núcleo esencial, de un ordenamiento jurídico democrático, y la principal garantía de la no arbitrariedad del ejercicio del poder.

En el caso concreto el Conjuez de la Corte Nacional de Justicia al inadmitir el Recurso de Casación, no solo dejó en indefensión a mi representada al mantener en firme la irrita sentencia de 5 de mayo de 2016, dictada por EL TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No.3, con sede en CUENCA; sino que además por omisión vulneró el principio de seguridad jurídica, al permitir que el Servicio de Rentas Internas hiciera impunemente una Aplicación Indebida del art. 156 inciso 3 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador inciso tercero.

VI

LA INCONSTITUCIONALIDAD CONEXA DEL ART. 17

Una de las novedades más importantes del sistema de control constitucional por la Constitución del 2008, es la posibilidad que ahora tiene la Corte Constitucional de declarar de oficio, la inconstitucionalidad de normas conexas, establecido en el art.436 numeral 3 de la Constitución de la

[11] Sentencia No.016-10-SEP-CC R.O. Suplemento 2 de 29 de abril de 2010.

República del Ecuador cuando en los casos sometidos a su conocimiento se pueda concluir que existe alguna norma contraria a la Constitución; al respecto la Corte Constitucional ha manifestado:

"A diferencia de Perú y Colombia, en los que la declaratoria de inconstitucionalidad de normas conexas se ejerce dentro de procesos de inconstitucionalidad, en el caso ecuatoriano, de conformidad a lo previsto en el numeral 3 del artículo 436, la Corte Constitucional es competente para declarar la inconstitucionalidad de oficio de normas conexas no solamente en acciones de inconstitucionalidad, sino en general "en los casos sometidos a su conocimiento" (...) Esta atribución permite a la Corte no permanecer impasible e impotente cuando detecte normas inconstitucionales. Esta interpretación cobra pleno sentido por el cambio radical operado en la concepción del Estado ecuatoriano, que a partir de la nueva Constitución se reconoce como Estado constitucional de derechos y justicia. Como explica Ferrajoli, " [e]l paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista no es otra cosa que esta doble función derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia [...]"12. Con esta proposición, el autor explica que el derecho debe regular no solamente la forma en la que se expide una ley (o norma), sino que esta sea materialmente conforme a los principios y valores constitucionales. Esta nueva concepción de validez de las normas asigna un carácter 'sustancial' a la democracia "y asigna a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos"13 Toda esta nueva concepción del Estado y la importancia de la justicia constitucional a cargo de esta Corte, justifican materialmente el ejercicio de un control constitucional amplio y pleno para dar vigencia efectiva a los

derechos humanos y a la supremacia constitucional. En estos términos, se justifica y delimita la atribución de esta Corte para analizar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas"[12].

En el caso que nos ocupa, como ya se dijo la sentencia impugnada, se sustenta en una aplicación extensiva e inconstitucional del art.17 del Código Tributario, norma que introduce al derecho tributario el principio de realidad económica, *genera un "estado de cosas inconstitucional" y atenta gravemente contra el principio de legalidad tributaria, pues por su amplitud y excesiva ambigüedad propicia el uso absolutamente discrecional de un concepto como el de realidad económica que rompe con el principio de tipicidad tributaria y estricta legalidad tributaria.*

Ante este enorme riesgo de arbitrariedad en un ámbito tan sensible como el de determinación de los impuestos, el máximo órgano de la justicia constitucional, debe actuar tajantemente prohibiendo trasladar un principio del derecho comercial a un ámbito como el del derecho tributario; en tal sentido, es necesaria la declaratoria de oficio de la inconstitucionalidad de un artículo que pone en riesgo la legalidad de todo el sistema tributario nacional.

VIII

LA PRETENSIÓN CONCRETA RESPECTO DE LA REPARACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS.

[12]Sentencia No. 002-09-SAN-CC Caso 0005-08-AN

Por todo lo anteriormente expuesto, señores Jueces de la Honorable Corte Constitucional, a través de la presente acción extraordinaria de protección, BANCO DEL AUSTRO S.A. demanda la reparación integral, material e inmaterial, de los derechos vulnerados, que en este caso consiste en:

PRIMERA: Que se declare en este caso la procedencia de la acción extraordinaria de Protección; y, como consecuencia de ello:

A. Se declare la inconstitucionalidad e invalidez de la sentencia de 5 de mayo de 2016, dictada por los jueces del Tribunal Distrital No.3 de lo Contencioso Tributario con sede en Cuenca, por ser violatoria del Principio de Legalidad Tributaria; violatoria de la reserva de Ley en materia Tributaria; Vulneratoria del principio de Irretroactividad en materia Tributaria; y, atentatoria del derecho a la seguridad jurídica.

B. Se declare la inconstitucionalidad del auto de inadmisión de fecha 12 de julio de 2016, expedido por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, por ser violatorio del derecho a la defensa por estar indebidamente motivado; y, por vulnerar el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, por violar el principio establecido en el art.169 de la Constitución de la República del Ecuador; y, por vulnerar el derecho a la seguridad jurídica.

SEGUNDA: Que paralelamente a la procedencia de la acción extraordinaria de protección se declare la inconstitucionalidad conexa del artículo 17 del Código de TRIBUTARIO que dispone:

"Art. 17.- Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen."

TERCERA: Que se declare la inconstitucionalidad de la circular NAC-DGECCG12-00017 emitida por la Administración Tributaria, Publicada en el R.O. No.806 del 9 de Octubre de 2012, por violar la Jerarquía normativa establecida en el art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador y el principio de legalidad tributaria, establecido en el art.132 y 301 de la Constitución de la República del Ecuador.

VIII

TRÁMITE.

Esta acción extraordinaria de protección está sujeta al trámite previsto en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Suplemento al R.O. No. 52 de 22 de octubre de 2009, particularmente a lo previsto en los artículos 62 y 63 relativos a la acción extraordinaria de protección y a las normas comunes a todo procedimiento establecidas en el artículo 8.

Por consiguiente, señores Jueces de la Sala de lo Tributario de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo con lo establecido en el art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su primera providencia, deberán ordenar remitir el expediente a la Corte Constitucional para que esta proceda a su admisión y trámite.

IX

NOTIFICACIONES

A los doctores MARCO TOBAR SOLANO, RODRIGO PATIÑO LEDESMA Y MIGUEL CRESPO CRESPO, miembros del TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO No.3, con sede en CUENCA, en su despacho ubicado en la Corte Provincial de Justicia del Azuay ubicada en la ciudad de Cuenca en las calles Mariscal Sucre y Luis Cordero, esquina.

AL doctor DARIO VELASTEGUÍ, quien se desempeña como CONJUEZ DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR, en su despacho ubicado en el cuarto piso de la Corte Nacional de Justicia ubicada en la Av. Amazonas y Unión Nacional de Periodistas, esquina, de la ciudad de Quito.

Mi representada Banco del Austro S.A. recibirá notificaciones en los siguientes correos electrónicos: xavier.munoz@munozabadie.com y/o xaviermunoz_7@hotmail.com; munozabadie2016@gmail.com; y/o a la casilla constitucional que más adelante señalaremos.

arriba M fes -56

MUÑOZ ABADÍE
ASESORIA JURIDICA EMPRESARIAL

XI

DECLARACIÓN

Declaro bajo juramento que no he presentado otra acción extraordinaria de protección constitucional sobre la misma materia y con el mismo objeto.

XI.

AUTORIZACIÓN

Autorizo al Abogado Xavier Muñoz Intriago, para que, intervenga en esta causa en defensa de los intereses que represento.

Firmo conjuntamente con mi patrocinador.

JAIME GUILLERMO TALBOT DUEÑAS
GERENTE GENERAL
BANCO AUSTRO S.A.
RUC # 0190055965001

AB. XAVIER MUÑOZ INTRIAGO
Mat. #09-2007-355 Foro de Abogado