Cincuenta y Tres - (53)

Dr. Milton Castillo Maldonado
Abogado
Móvil: 0984055864
miltcastillo@gmail.com

SEÑORES JUECES NACIONALES Y CONJUEZ DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, ANTE USTEDES PRESENTAMOS ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN PARA ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL al tenor de lo siguiente:

THIAGO DE PAULA RIBEIRO, en mi calidad de apoderado y como tal, representante legal de la compañía CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., (CNO) como lo acredito con el instrumento que acompaño, ante ustedes, comparezco y, por su intermedio, para ante el Pleno de la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87, 94, 437, 439 y 440 de la Constitución de la República y 58, 59, 60, 61 y más pertinentes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, interpongo ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN en relación al fallo emitido por la Sala de lo Contencioso Tributario, dentro del Recurso de Casación No. 281-2011, en los siguientes términos:

I

CONSTANCIA DE QUE LA SENTENCIA ESTÁ EJECUTORIADA AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS ORDINARIOS

Vendrá a su conocimiento señores Magistrados que la Corte Nacional de Justicia dictó sentencia dentro del Recurso de Casación número 281-2011, el día 4 de diciembre del 2012 a las 10h10, sobre la cual se pidió el recurso horizontal de aclaración el cual nos fue notificado el día jueves 17 de enero del 2013 mediante boleta dejada en nuestro domicilio judicial, en consecuencia, a la fecha, se encuentra debidamente ejecutoriada, habiéndose agotado todo tipo de recurso ordinario.

Los señores jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, a través de Secretaría, al enviar a la Corte Constitucional la presente acción se servirán disponer **se siente razón de la ejecutoria de la sentencia recurrida.**

II
SEÑALAMIENTO DE LA JUDICATURA Y SENTENCIA MATERIA DE LA PRESENTE ACCIÓN

Interpongo acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia emitida por los señores Jueces Nacionales doctores José Suing Nagua, Maritza Tatiana Perez Valencia, y Gustavo Durango Vela Conjuez Permanente, quienes conforman la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. Tal, fue emitida el día 4 de diciembre del 2012 a las 10h10, dentro del Recurso de Casación signado con el número 281-2011, **interpuesto por el Director Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas**, en contra de la sentencia dictada, a su vez, por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del Juicio de Impugnación No. 09501-2009-0028 deducido por la Compañía Construtora Norberto Odebrecht S.A., en contra de la Administración Tributaria.

III
IDENTIFICACIÓN PRECISA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES VIOLADOS

a) La garantía al debido proceso que incluye la tutela judicial efectiva;
b) La seguridad jurídica;
c) Falta de motivación;
d) A la igualdad ante la ley, imparcialidad (no discriminación);
e) A la propiedad (no confiscación).

Todos estos derechos violados, están contenidos en los Arts. 75, 76. Num 1, 77. Num.7 lit. l), 82, 323 de la Constitución de la República.

Concomitante a lo anterior se violentan varios principios constitucionales consagrados en los Arts. 226 y 300 de la Constitución, relacionados a: 1. Competencias y facultades de toda autoridad que ejerce potestad estatal; y, 2. Los principios del Régimen Tributario que son generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Dentro de estos principios se encuentra el principio legal de neutralidad del IVA.

IV

ANTECEDENTES.- EL JUICIO DE IMPUGNACIÓN CONTENCIOSO TRIBUTARIO, EL RECURSO DE CASACIÓN Y LA SENTENCIA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1. La Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.2 con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del Juicio de Impugnación No. 09501-2009-0028 deducido por la Compañía Construtora Norberto Odebrecht S.A., en contra de la Administración Tributaria, el 27 de junio del 2011 a las 15h11, dictó sentencia dentro del caso, y dijo basado en los recaudos procesales que: *"declara parcialmente con lugar la acción de impugnación presentada por el señor Luis Carlos Batista Filho, en su calidad de apoderado y representante legal de la Compañía CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., en contra del Director General del SRI y del Director Regional del SRI del Litoral Sur; y, como consecuencia jurídica,* ***de conformidad con los considerandos indicados, ejecutoriado el fallo remítase copia al SRI para que se disponga que se reliquide la determinación tributaria"***. (el subrayado es del suscrito).

2. Los "considerandos indicados", dicen relación al análisis y cotejamiento de los hechos con el derecho de dicho Tribunal, en virtud de los cuales se dio de baja, correspondiente al ejercicio fiscal del 2005, "la glosa correspondiente a importaciones a nombre de otros contribuyentes´ con base imponible de USD 22´664.397,83 con lo que se obtiene un IVA de USD 2´719.727,74". La reliquidación de la que habla dicha sentencia es de un valor de USD 8.468,93 correspondiente a valores y conceptos de otro ejercicio fiscal distinto del 2005.

3. La Administración Tributaria basó su recurso de casación en las causales primera, tercera y quinta del Art. 3 de la Codificación a la Ley de Casación, toda vez que consideró que se habían violado los Arts. 76 numeral 7 literal l) de la Constitución; 274, 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil; 36, 270, 273 del Código Tributario y 43 de de la Ley Orgánica de Aduanas.

4. Considera la Administración Tributaria ante la CNJ que CNO violentó el Art. 36 del Código Tributario cuando ejecutó 2 obras estatales *"cuyos beneficiarios eran Hidropastaza S.A. y Corporación Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí (CRM)"*. Que la supuesta violación proviene del hecho de que *"para obtener las exenciones de derechos arancelarios, se convino en que, estas importaciones vendrían a nombre de los referidos contribuyentes, sin embargo el procedimiento que se plantea"*, supuestamente, *"se contrapone a lo*

estipulado en el Art.36 del Código Tributario...". Que la Administración Tributaria *"al verificar el 12% de IVA sobre tales importaciones a través del Requerimiento de Información No. RLS-ATRRRIN2008-1044 de 30 de mayo del 2008",* concluyó que *"no incluyó información adicional que demuestre la transferencia a su favor, de bienes importados por Hidropastaza S.A., y CRM; que la normativa aduanera considera al consignatario o propietario de los bienes que se importen como sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera"*, y en consecuencia, *"si los documentos de importación establecían como propietario de las mercancías a una entidad pública, esta mercancía debía estar registrada contablemente como parte de su activo"*. (el subrayado deliberado por el suscrito).

5. La Administración Tributaria dijo al fundamentar su recurso de casación, que la sentencia del Tribunal de lo Fiscal, *"carece de motivación y que las pruebas aportadas al proceso no han sido consideradas".*

6. En el considerando CUARTO, -página 3- de la sentencia, respecto de la falta de motivación alegada por la Administración tributaria (refiriéndose a la Sentencia emitida por el Tribunal Fiscal), la Sala Especializada de la Corte Nacional dice: *"....4.3. En la especie, en el considerando tercero y cuarto del fallo,* ***la Sala juzgadora hace una prolija relación de los antecedentes, la resolución impugnada, las pruebas actuadas con sus peritajes, y el fundamento legal en el que sustenta sus razonamientos*** *como es el art. 64 de la Ley de Régimen Tributario Interno,* ***de lo que se puede colegir que la Sala juzgadora al momento de resolver cumple con su deber primordial de confrontar los hechos con el derecho****. Conforme lo ha reconocido de manera reiterada la Sala, no porque la sentencia sea desfavorable, supone a que la misma tenga falta de motivación, ni tampoco que las conclusiones a las que arribe sean las que correspondan. No se advierte entonces la existencia del vicio de falta de motivación alegado por el recurrente."* (subrayado y negrillas del suscrito).

   6.1 En el caso, la Sala Especializada de la Corte Nacional, a pesar que reconoce, en esta parte de la sentencia, que existió una adecuada confrontación de los hechos con el derecho por parte del juez a-quo, más adelante en la sentencia se contradice, pues analiza el mismo informe pericial en el cual el Tribunal de lo Fiscal basó su criterio en la sentencia, para desvirtuarlo y adicionalmente, sacarlo del contexto adecuado.

   6.2 Se violenta, en consecuencia, la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y evidentemente, el debido proceso.

7. En el considerando QUINTO de la sentencia, (pág.4) se dice: *"Sobre el cuestionamiento a la sentencia, al amparo de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de casación, relacionado con la presunta vulneración de normas de valoración de la prueba, lo que habría producido la falta de aplicación del art. 270 del Código Orgánico Tributario.....* ***En la especie, el recurrente, con ausencia de criterio respecto de la causal que alega****, refiere a la falta de aplicación del art. 270 del Código Tributario únicamente haciendo constar en sus alegaciones las respuestas dadas en el informe del perito del SRI que argumenta no han sido consideradas en la sentencia; lo expuesto no tiene nada que ver con la valoración de la prueba; tales errores en la formulación del recurso, imposibilitan a la Sala atender este cuestionamiento, ya que no le corresponde indagar sobre la intencionalidad del recurrente; al tratarse de errores de fondo no pueden ser subsanados por la Sala, pues desatienden la naturaleza formal y extraordinaria del recurso y sobre todo de esta causal."* (el subrayado del suscrito).

7.1 La doctrina sobre casación, así como la jurisprudencia de la Ex Corte Suprema de Justicia ha sido inequívoca al indicar que, de no justificar la causal, el recurso de casación no procede. En el caso, a pesar de la incongruencia y *"ausencia de criterio"* que la Corte Nacional menciona respecto del recurrente en el sustento de su causal, admite el Recurso.

7.2 Se violenta, en consecuencia la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

8. El considerando SEXTO de la sentencia de la CNJ dice: *" ... en torno a la causal primera del art. 3 de la Ley de Casación referente a la falta de aplicación del art. 36 del Código Orgánico tributario. Para resolver, se formulan las siguientes consideraciones: 6.1. El artículo 36 del Código Orgánico Tributario, aplicable al periodo en discusión, a la letra disponía: "Prohibiciones.- prohíbese a los beneficiarios de exenciones tributarias tomar a su cargo las obligaciones que para el sujeto pasivo establezca la ley; así como extender, en todo o en parte, el beneficio de exención en forma alguna a los sujetos no exentos. Cuando en actos o contratos intervengan de una parte beneficiarios de exención y de otra, sujetos no exentos, la obligación tributaria se causará únicamente en proporción a la parte o partes que no gozan de exención." (el subrayado es de la Sala); 6.2 De la disposición legal transcrita se desprende que, establece una prohibición legal para extender exenciones tributarias a favor de quienes no son beneficiarios de las mismas;* ***las exenciones que***

supuestamente han sido transferidas por parte de Hidropastaza, Hidroagoyàn y CRM son exenciones de tipo arancelario, tributos diferentes al IVA**, incluso administrados por otra autoridad tributaria, por lo que **respecto del IVA no hubo extensión de la exención a favor de la Empresa actora**, siendo necesario especificar que el tema que nos ocupa en el presente caso es la posibilidad de tomar, por parte de la Empresa actora, el crédito tributario de IVA generado en importaciones de los periodos del ejercicio 2005, IVA que fue cancelado por la Empresa, **pese a que la importación, por disposición contractual, la realizaron las empresas y entidad contratante."

8.1 En el considerando CUARTO de la sentencia el Juzgador dijo que el Tribunal de instancia cotejó adecuadamente los hechos con el derecho, lo cual es totalmente contrario a lo que señala en este considerando pues, valora nuevamente los hechos, los descontextualiza y aplica el derecho que se adecúa a su valoración.

8.2 Introduce, el juzgador Nacional, una premisa menor sin que exista una premisa mayor planteada por el juez a quo. Reconoce la Corte que el IVA fue cancelado por CNO, tal como consta expresamente en la sentencia al ser ésta quien efectivamente realizó la importación, pero, no como consecuencia de ser sujeto pasivo del IVA, (que es un hecho valorado por el Tribunal Fiscal) sino por disposición contractual. Sustentó en el Art. 36 del Código Tributario la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, y le permitió –erróneamente- penetrar "en el ánimo contractual de mi representada y sus contrapartes contractuales", juzgando sin competencia legal comportamientos de dichas contrapartes que, NO FORMAN PARTE DE LA LITIS. Generó un vacío en el juzgamiento pues, el IVA, nadie lo recuperó.

8.3 Se viola la seguridad jurídica, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, se falla extra petita y se atenta a la igualdad ante la ley pues, evidencia un tratamiento procesal discriminatorio en contra del privado y a favor de la Administración Tributaria, quitándole la calidad de sujeto pasivo del IVA a CNO y otorgándosela a quienes no son parte de la litis.

9. En el considerando SEPTIMO, la sentencia dice: *"...7.1. El artículo 20 del Código Orgánico Tributario aplicable al periodo en discusión, a la letra, disponía: "Estipulaciones con terceros.- Las estipulaciones contractuales del sujeto pasivo con terceros, no pueden modificar la*

obligación tributaria ni el sujeto de la misma. Con todo, siempre que la ley no prohíba la traslación del tributo, los sujetos activos podrán exigir, a su arbitrio, la respectiva prestación al sujeto pasivo o a la persona obligada contractualmente." (el subrayado es de la Sala);

9.1 El casacionista no invocó, ni en la fundamentación del recurso ni en la audiencia de estrados, el Art. 20 del Código Orgánico Tributario. En casación, el juez no puede suplir las normas cuya supuesta "falta de aplicación" no fue invocada por el recurrente. La facultad de suplir las omisiones de derecho no existe para el juez de casación, hacerlo es atentar al principio dispositivo propio de este extraordinario recurso de control de la legalidad.

9.2Es menester precisar, para abundar en la actuación extra y ultra petita de la Sala Especializada que, habiendo el SRI alegado que CNO no tenía derecho a crédito tributario por no tener documentos a su nombre, así como haber realizado una exención aduanera, en el considerando sexto de la sentencia, la Sala acepta que estos argumentos del SRI no son válidos, e introduce, lo que a su juicio, es el problema jurídico de fondo, esto es que CNO no es sujeto pasivo del IVA, sin que ello haya sido materia de la glosa o alegado por el SRI en ningún momento del proceso.

9.3 Se violó la seguridad jurídica y se falló extra petita favoreciendo a una de las partes de la litis, es decir, violando el principio de igualdad ante la Ley.

10. La Sentencia señala: "*7.2. El artículo 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno, aplicable al período en discusión, a la letra, disponía: "SUJETOS PASIVOS.- Son sujetos pasivos del IVA:* ***a. En calidad de agentes de percepción****: 1. Las personas naturales y las sociedades que habitualmente efectúen transferencias de bienes gravados con una tarifa;* ***2. Quienes realicen importaciones gravadas con una tarifa, ya sea por cuenta propia o ajena****; y, 3. Las personas naturales y las sociedades que habitualmente presten servicios gravados con una tarifa;...7.3.* ***Del contenido del Art. 20 del Código Tributario se desprende que una estipulación contractual no puede modificar ni la obligación tributaria ni el sujeto de la misma****; y, el art. 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno dispone que* ***el sujeto pasivo del IVA será el importador, ya sea por cuenta propia o ajena****; 7.4. En el caso que nos ocupa, el importador, conforme los documentos analizados en la sentencia de la Sala A quo es Hidropastaza, Hidroagoyán y CRM, quienes por cuenta ajena realizan la*

importación, -se entiende que la importación es realizada por cuenta ajena toda vez que ***por estipulación contractual, las*** *importaciones se debían realizar a nombre de Hidropastaza, Hidroagoyán y CRM, las mismas que no las registraban en su contabilidad y tampoco las pagaba. La estipulación contractual mencionada no puede modificar el sujeto pasivo de la obligación tributaria por lo que el sujeto pasivo de IVA en este caso es Hidropastaza, Hidroagoyán y CRM respectivamente,* ***quienes además tienen derecho a tomar el crédito tributario de este impuesto****. La estipulación contractual no hizo extensiva una exención, por el contrario, obligó a realizar las importaciones a Hidropastaza, Hidroagoyán y CRM,* ***quienes por tanto son el sujeto pasivo del IVA****."* (el subrayado y negrillas del suscrito)

10.1 Se invocan de forma extrapetita los Arts. 61 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) y el Art. 20 del Código Tributario por parte del juzgador para cambiar el hecho de que el importador CNO no tenga la calidad de sujeto pasivo del IVA y trasladar tal calidad a favor de las empresas estatales que no son parte procesal. A favor de tales empresas estatales además, declaró el derecho a tomar el crédito tributario.

10.2 Respecto del Art. 61 omite considerar la norma macro y fundamental en materia tributaria que es el Código Orgánico Tributario, en cuyo artículo 24 –vigente a la fecha de los hechos- establece con claridad que el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable. CNO actuó en la importación como contribuyente, tal es la calidad que el mismo Art. 61 de la LRTI vigente al 2005 le confería. El importador, contribuyente, (no agente de percepción según el antiguo Art.61 de la LRTI) por ley y por contrato era, es, CNO.

10.3 El Tribunal Fiscal revisó los documentos y de conformidad con los peritajes llegó a la conclusión que el importador fue CNO. Constató que CNO asumió la carga financiera de la importación y por tanto podía ser utilizado en crédito tributario, a más de que las empresas estatales nunca contabilizaron ni aprovecharon el crédito tributario de IVA, pues el sujeto pasivo del impuesto siempre fue CNO por cuenta propia.

10.4 No existe lógica entre los hechos y el derecho, por lo tanto no existe una debida motivación.

10.5 Se viola la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, no existe motivación y se deja en la indefensión a CNO pues no

puede solicitar la restitución de lo pagado toda vez que se le arrebata la calidad de sujeto pasivo del IVA.

11. Continúa la sentencia y dice: *"7.5. Una vez identificado el sujeto pasivo del IVA y conforme lo dispuesto en el art. 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno, aplicable al período en discusión, que a la letra, disponía: "crédito Tributario.- El uso del crédito tributario se sujetará a las siguientes normas: 1. Los sujetos pasivos del Impuesto al Valor Agregado IVA, que se dediquen a: la producción o comercialización de bienes para el mercado interno gravados con tarifa doce por ciento (12%), a la prestación de servicios gravados con tarifa doce por ciento (12%), o a la exportación de bienes y servicios, tendrán derecho al crédito tributario por la totalidad del IVA, pagado en las adquisiciones locales o importaciones de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo; o de los bienes, de las materias primas o insumos y de los servicios necesarios para la producción y comercialización de dichos bienes y servicios necesarios para la producción y comercialización de dichos bienes y servicios;* (los subrayados corresponden a la Sala), *conforme con esta norma, es el sujeto pasivo del IVA quien tiene derecho a tomar el crédito tributario de las importaciones de bienes, en este caso Hidropastaza, Hidroagoyàn y CRM, por lo que mal podría haber tomado la compañía CONSTRUCTORA NORBERTO ODREBRECHT S.A., cuando no era sujeto pasivo del tributo en cuestión, pese a que* ***contractualmente estuvo obligado al pago de la importación, sin olvidar que, como lo establece la sentencia, contractualmente, también tenía derecho a reembolso de los valores que erogaba por tales conceptos,*** *por lo que mal puede hacer uso de crédito tributario por el IVA pagado, cuando recibió tales valores vía reembolso, como lo reconoce de manera expresa el perito insinuado por la Empresa actora, transcrito en la misma sentencia, cuando señala: 'Se observaron facturas emitidas por la Constructora Norberto Odebrecht a nombre de Hidropastaza S.A, por concepto de reembolsos de gastos generados por impuestos, tasas, comisiones, aranceles y otros con relación a la importación de bienes a incorporarse a las obras establecidas en el contrato..' (el subrayado es de la Sala),* ***lo que permite concluir que la Empresa, habiendo recibido el reembolso de tales valores****, mal puede pretender utilizarlos como crédito tributario, primero porque no fue el sujeto pasivo del IVA y, segundo, porque, de hacerlo, equivaldría a un doble beneficio".* (las negrillas con subrayado son del suscrito).

11.1 El razonamiento es confiscatorio y sin sustento probatorio, porque la posibilidad contractual del reembolso no estuvo

analizado por el Tribunal Fiscal ni tampoco obraba prueba alguna sobre ello: es una mera hipótesis que, en el supuesto de que exista, no formaba parte del contencioso tributario sometido a su juzgamiento. Al concluir que podía existir un doble beneficio por el crédito tributario y los inexistentes reembolsos contractuales, se grava sin causa legal a la empresa CNO.

11.2 Desconoce –u omite- a CNO como sujeto pasivo del IVA, a pesar de que reconoce que realizó la importación y sostiene que hay un doble beneficio sin precisar tampoco si el Estado en su momento recibió efectivamente el IVA por tales importaciones.

11.3 Se viola la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y se actúa de manera confiscatoria.

12. La sentencia de casación dice en su parte resolutiva: *"casa la sentencia y confirma la Resolución 109012009RREC003632 a excepción del recargo del 20% por las mismas consideraciones estipuladas en el fallo de la Sala de instancia".*

12.1 Esta conclusión de la sentencia de casación, en donde afirma categóricamente que usa las mismas consideraciones del fallo del inferior confirma su inexistente motivación, es decir, la no relación directa de los hechos con el derecho, la incongruencia en la subsunción, violándose este esencial derecho constitucional de la motivación.

V

ANALISIS DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

A LA SEGURIDAD JURÍDICA, AL DEBIDO PROCESO, A LA MOTIVACIÓN, A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA NO DISCRIMINACION, A LA NO CONFISCACIÓN.-

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. 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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

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

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

En realidad, estos derechos violados constan interrelacionados en casi la totalidad de la sentencia que se recurre. Los mencionamos en varias ocasiones:

SEGURIDAD JURIDICA, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA.-

En el Considerando Cuarto de su sentencia la Sala Especializada de la Corte Nacional, reconoce que existió una adecuada confrontación de los hechos con el derecho por parte del juez a-quo y en el considerando QUINTO, por incuria del recurrente, desecha la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación.

La conclusión lógica de desechar la causal tercera era desestimar o no admitir el recurso de casación, pero, contrario a ley, da paso al recurso.

Valoró nuevamente la prueba que el Tribunal A-quo ya había valorado, -no los preceptos jurídicos aplicables a su valoración como dice la Ley de la materia- pues, llega a analizar el mismo informe pericial en el cual el Tribunal de lo Fiscal basó su criterio en la sentencia, para desvirtuarlo y adicionalmente, sacarlo de contexto.

En el considerando SEXTO, el juzgador Nacional introduce, una premisa mayor que no fue planteada, ni considerada, ni valorada por el juez a quo. Reconoce la Corte que el IVA fue cancelado por CNO, al ser ésta quien efectivamente realizó la importación, pero, no como consecuencia de ser sujeto pasivo del IVA, sino por disposición contractual. Sustentó en el Art. 36 del Código Tributario la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, y le permitió –erróneamente- penetrar "en el ánimo contractual de mi representada y sus contrapartes contractuales", juzgando sin competencia legal comportamientos de dichas contrapartes que, NO FORMAN PARTE DE LA LITIS.

Insertar la premisa a la que referimos por parte de la Corte, aleja el razonamiento silogístico propio de la "motivación" y lo ubica en el sendero de la discrecionalidad y arbitrariedad. Es un hecho valorado

por el Tribunal Fiscal y aceptado por el SRI –tal es así que la causa de la glosa no era la supuesta falta de tal calidad- que la Empresa CNO es sujeto pasivo del IVA. En consecuencia, al no ser cuestionada la calidad de sujeto pasivo ese no fue un hecho controvertido en la instancia, y por tanto, CNO no presentó excepción procesal alguna, es decir, no se defendió, no ejercitó su derecho constitucional a la contradicción.

Es decir, el cotejamiento de los hechos con el derecho, propio de la motivación, no existe y, no sólo viola mi derecho a la defensa, sino que anula en su totalidad el juzgamiento, provocando, consecuentemente, efectos jurídicos determinantes para la concesión de la presente acción extraordinaria de protección.

Comentario especialísimo amerita el vacío provocado en el juzgamiento al señalar que los sujetos pasivos del IVA son las empresas estatales, toda vez que el IVA, nadie lo recuperó ni podría recuperarse, salvo por la misma empresa CNO. Esta situación implica una franca violación al derecho a la no confiscación, pues el Estado se está beneficiando indebidamente de un ingreso en perjuicio del derecho del particular.

Al respecto se debe invocar el principio de neutralidad del IVA, que constituye la esencia de este tributo. El IVA fue pagado por parte de CNO quien podría aplicar el crédito tributario contra el IVA percibido en ventas conforme dictamina la Ley Tributaria. Si la Corte avala la posición del SRI de impedir que CNO utilice el crédito tributario del IVA, y por otra parte las empresas públicas tampoco registran el IVA pagado o el crédito fiscal antes anotado, ello significaría desnaturalizar los principios doctrinarios y los preceptos legales del IVA, otorgando un beneficio confiscatorio al SRI y rompiendo el principio constitucional de equidad tributaria.

La Corte Nacional realiza, en la sentencia el siguiente razonamiento que lo ponemos en términos silogísticos:

> Si CNO es importador que paga impuestos,
>
> Y, quien paga impuestos son varias partes contractuales beneficiarios del IVA
>
> Entonces, CNO son varias partes contractuales.

La conclusión, como se ve, no es lógica porque, las empresas estatales que tenían un contrato con la Empresa CNO, no son partes procesales, y, en la valoración de la prueba ante el Tribunal Fiscal, se evidenció que las obligaciones contractuales de CNO impelía a que por su propia cuenta realice las importaciones.

Como consecuencia, las empresas públicas no importaron los bienes, y por tanto no pagaron el IVA y menos aún registraron el crédito tributario; y por otra parte, la Corte niega el crédito tributario del IVA a quien si importó los bienes, pagó el IVA y registró el crédito tributario; resulta que el único beneficiario es el SRI quien recaudó el tributo sin que éste haya podido ser depurado conforme el principio de neutralidad, y ello lo vuelve confiscatorio y vulnera claramente los principios constitucionales.

El juzgador de casación saca conclusiones inesperadas para la lógica: a más de juzgar a terceros extraños al proceso, considera que CNO no es sujeto pasivo del IVA y además, que tal calidad es de esos terceros extraños al proceso (las empresas estatales). Estas conclusiones nacen por el error de volver a valorar los hechos.

Se viola la seguridad jurídica, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, al fallar extra petita y se atenta a la igualdad ante la ley pues, evidencia un tratamiento procesal discriminatorio en contra del privado y a favor de la Administración Tributaria, quitándole la calidad de sujeto pasivo del IVA a CNO y otorgándosela a quienes no son parte de la litis.

Toda norma tiene una hipótesis y una consecuencia. En la hipótesis se encuentran los hechos, la conducta, el comportamiento humano, y en la consecuencia la proposición normativa. (Juan Ramón Capella, Edit. Trotta, Madrid, 2002, Cap. III, Elementos de Análisis Jurídico).

La subsunción es el ejercicio lógico de raciocinio del juzgador en el que coteja la consecuencia con la hipótesis, el hecho con el derecho.

De aquí se desprende un hecho y un derecho que no se corresponden. El hecho es que las entidades públicas no registraron en sus activos dichos bienes (lo cual fue valorado por el Tribunal de instancia en base de la información que entregaron las empresas estatales y los informes periciales aportados dentro del proceso). Y tal falta de registro, en criterio de la Sala Especializada es imputable a CNO, y no a las propias empresas estatales. Y a esta argumentación se añade por parte del casacionista que la sentencia no tenía motivación y que las pruebas no fueron consideradas.

Que la supuesta y no consentida imputación del error contable, al cual la corte aduce, sea atribuida a CNO es absolutamente contrario a los principios tributarios de equidad y eficiencia a más de la Tutela Judicial efectiva.

FALTA DE MOTIVACIÓN.-

No existe relación entre los hechos y el derecho aplicable, por ello, no se cumple el presupuesto de la motivación constitucional, que en el

caso no es causante de nulidad de la sentencia de casación, pero sí generadora de la reparación integral de los derechos violentados.

La seguridad jurídica y la falta de motivación (debido proceso, tutela judicial efectiva) se violentan claramente porque, la Sala Especializada de la Corte Nacional debió en casación, verificar en sí la procedencia o no de las causales argumentadas por la Administración Tributaria y verificar si en verdad la sentencia del Inferior había incurrido en alguna de ellas, cotejando los hechos con el derecho, y no, cambiar los hechos y luego aplicar el derecho.

Solamente cambiando los hechos, valorando nuevamente la prueba es aplicable el Art. 65 de la Ley de Régimen Tributario, es decir, respecto del Crédito Tributario, uso y quien tiene la calidad de sujeto pasivo del IVA.

En la página 6 de la sentencia de casación, se transforma a terceros que no formaron parte del contencioso, ni tampoco fueron juzgados en la sentencia del inferior, en "sujetos pasivos del IVA, y en consecuencia se declara a favor de ellos un derecho: "tomar el crédito tributario".

Es obligación de todo juzgador ciertamente suplir las omisiones de derecho en las que incurran los sujetos procesales, pero en el caso en particular, el juzgador erróneamente al pretender suplir la omisión de la administración, equivoca su razonamiento, pues el SRI jamás alegó el no reconocimiento de la calidad de sujeto pasivo del IVA de CNO, así como su derecho a crédito tributario.

La facultad de suplir las omisiones de derecho en la tramitación de un recurso de casación es muy limitada, sino nula, toda vez que la jurisprudencia constante de la CNJ ha determinado que al ser este recurso de naturaleza extraordinaria no procede subsanar las fallas del recurrente.

El informe pericial sobre el cual el Tribunal Fiscal dictó su fallo le hizo llegar a la conclusión de que CNO, al haber realizado la importación, tenía la calidad de sujeto pasivo del IVA y consecuentemente derecho a crédito tributario; concomitantemente que, los eventuales errores que se cometieron al realizar el llenado de los Documentos de Importación eran subsanables pues contenían los nombres de quienes realizaron la importación. Esta prueba, simplemente, no es la adecuada para la Sala Especializada de la Corte Nacional quien asevera que (acápite 7.4 de la sentencia) *"se entiende que la importación es realizada por cuenta ajena toda vez que por estipulación contractual las importaciones se debían realizar a nombre de Hidropastaza, Hidroagoyán y CRM, las mismas que no las*

registraban en su contabilidad y tampoco las pagaba...".

LA DISCRIMINACIÓN.-

La eliminación de la calidad de sujeto pasivo del IVA, y el otorgamiento de tal calidad a favor de terceros públicos nos deja en indefensión, y evidencia una clara discriminación y falta de igualdad, favorable a los sujetos (procesales y no procesales) de carácter público y desfavorable a CNO. La indefensión está relacionada a la imposibilidad de restitución de los valores efectivamente cancelados por la importación y ahora glosados con argumentos ajenos a los ya juzgados y probados ante el inferior. El razonamiento hecho por el juzgador a quo, basado en la prueba valorada por él es el siguiente:

Si el importador es sujeto pasivo del IVA

Y el sujeto pasivo tiene derecho a crédito tributario,

Ent, el importador tiene derecho a crédito tributario.

En donde el importador, en base a los documentos presentados, incluido el contrato con las empresas estatales y el informe pericial es CNO.

El razonamiento hecho por el juez de casación, en cambio, al valorar nuevamente la prueba es:

Si el importador, empresas estatales y CNO son sujetos pasivos del IVA,

Y los sujetos pasivos tienen derecho a crédito tributario,

Ent, las empresas estatales tienen derecho a crédito tributario

Omitiendo deliberadamente de tal calidad de CNO y declarando un derecho a favor de quienes no están siendo juzgados en el caso.

El juzgador Nacional, no coteja los hechos con el derecho sino que cambia los hechos y aplica el derecho que considera pertinente. Los hechos son clarísimos y obran del expediente: la importación la realizó CNO por cuenta propia y a su entero cargo.

El principio constitucional del "non bis in idem", no sólo dice relación al no juzgamiento de la misma causa por dos veces, sino al secular principio aristotélico de que "nada puede ser y no ser al mismo tiempo". Principio éste esencial para la lógica y la seguridad jurídica pues, una aseveración no puede al mismo tiempo contener una negación; y, si la aseveración deja de existir, se entiende que la negación existe. En el caso, si la empresa CNO fue importadora, ¿quién es entonces el sujeto pasivo del IVA y susceptible usuario del crédito tributario?

Dicho de otra manera, si CNO es sujeto pasivo del IVA –tal como lo considera la ley, las partes y el propio Tribunal a quo-, es absolutamente legal que sea beneficiario del crédito tributario.

Para el juzgador Nacional, este razonamiento no es lógico, pues, al señalar en sentencia que CNO es deudor de la Administración Tributaria del IVA por la mala utilización del crédito tributario sin haber tenido derecho a ello, a pesar de que reconoció que hizo la importación por su propia cuenta y no por cuenta de las empresas públicas, consagra la paradoja de que siendo importador no tiene derecho a crédito tributario y tampoco es sujeto pasivo del IVA.

Quitarle la calidad de sujeto pasivo del IVA a CNO, -sin ningún afán indemnizatorio sino meramente contable- genera el perjuicio de:

5´021.428,8 (cinco millones veintiún mil cuatrocientos veintiocho dólares con 80/100, que contempla una eventual glosa, sus intereses, el valor del crédito tributario acumulado en los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2005, y los intereses tributarios que se generen. Todos estos valores aplicables hasta enero del 2013, sin perjuicio del cálculo del derecho que nos asiste para reclamar el lucro cesante.

LA ADMISIÓN DEL RECURSO VIOLÓ EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA.-

El pronunciamiento de la Sala de la Corte Nacional en su sentencia, (considerando CUARTO) respecto de la supuesta falta de motivación alegada por el SRI y generadora de una supuesta nulidad de la sentencia del inferior, no está relacionada, lamentablemente al ineludible análisis de procedibilidad de la casación que debía realizar para aceptar o negar el recurso, sino que procuró crear con este criterio de reflexión, el sustento, la vértebra, de su sentencia de casación.

Dicho de otro modo, si la sentencia sometida a casación estaba correctamente realizada ¿por qué se aceptó el recurso de casación? Desechó el numeral 3 del Art. 3 y respecto del numeral 1 no precisa la relevancia para la casación del Art. 36 del Código Tributario pues tal dice una verdad que no dice relación al tema de fondo. La verdad es que las exenciones son, ciertamente de carácter arancelario, pero esto no tiene nada que ver con la utilización del IVA como crédito tributario, ni que pierda por ello la calidad de sujeto pasivo del IVA la empresa CNO. La causal primera del Art. 3 dice que la casación procede cuando hay una "Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación" de normas o precedentes jurisprudenciales

obligatorios.

En estricto análisis procesal civil, y de acuerdo al doctor Santiago Andrade Ubidia: *"La causal primera del artículo 3 contiene la llamada violación directa de la ley sustantiva o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia recurrida, que haya sido determinante de su parte resolutiva. Sobre el tema, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho: ....Se trata de la llamada transgresión directa de la norma legal en la sentencia, y en ella no cabe consideración respecto de los hechos, pues se parte de la base que es correcta la apreciación del Tribunal ad-quem sobre el valor de los medios de prueba incorporados al proceso, por lo que corresponde al tribunal de casación examinar, a base de los hechos considerados como ciertos en la sentencia, sobre la falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente. Dr. Santiago Andrade Ubidia, La casación civil en el Ecuador, Quito, Editorial Andrade y asociados, Quito 2005, pág.181".*

Dos elementos entonces debió considerar el Juez Nacional para configurar esta causal: la primera que debió haber violación directa de las normas sustantivas en la sentencia impugnada, y la segunda es que esta transgresión haya sido determinante en la parte resolutiva.

No hay violación directa de la falta de aplicación o aplicación indebida o errónea interpretación del Art. 36 del Código Tributario en el caso, ni tampoco dice el considerando SEXTO de la sentencia, como influyó de manera determinante en la parte resolutiva de la sentencia la existencia de las exenciones arancelarias en el crédito Tributario utilizado por CNO.

No hubo sustento en la causal 1 del Art. 3 de la Ley de Casación para aceptar la sentencia. De aquí se desprende también que no hubo motivación, ni seguridad jurídica respetadas por el Juez Nacional.

Adicionalmente a esto, hay algo más grave aún que viola nuestros derechos constitucionales, y es el relacionado a que esta causal 1 del Art.3, -así como todas las demás causales- prohíbe terminantemente –por su propia naturaleza- que se analicen hechos que fueron analizados por el juez de instancia.

Irónicamente, dentro de la causa 467 – 2010, mediante sentencia de 10 de enero de 2013, la misma Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia conformada por los señores Jueces Dr. Suing, Dra. Pérez y Dr. Durango, en la página 13, acápite 3.3, a.1, siendo recurrente CNO y demandado el Servicio de Rentas Internas,

respondiendo a la invocación del recurrente del numeral 1 del Art 3 de la Ley de Casación, dijo textualmente en su fallo: *"La Sala de Casación no puede revalorar la prueba que ha sido considerada por el inferior en la sentencia recurrida, porque ésta es potestad del Juez A quo y en casación lo único que se observa es que no se haya cometido vicios de legalidad en la sentencia del inferior"* .

La prueba, legal y debidamente incorporada al expediente de instancia y valorado en la sentencia del inferior ha sido valorada nuevamente por el juez de casación, tal es así que consideró que el informe pericial no concluía que CNO podía ser sujeto pasivo de IVA y por tanto susceptible de tomar el crédito tributario por las importaciones realizadas –a diferencia de lo que dijo el juzgador de instancia-.

Vale recordar lo que dijo en su propio fallo la Corte, contradiciéndose completamente en su decisión: *"....la Sala juzgadora al momento de resolver cumple con su deber primordial de confrontar los hechos con el derecho".*

Existe una clara violación al derecho a la motivación, amén de los demás derechos constitucionales ya indicados.

Por si lo anterior no fuera suficiente argumento, es menester indicar que, respecto de las causales 1 y 3 del Art. 3 de la Ley de Casación, la Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil ha dicho en los juicios No. 40-2006, Feijoo Vs. Sánchez Sánchez, en fallo de 20 de febrero del 2006; a las 08h56, publicado en el Registro Oficial No.276 de 23 de mayo del 2006, en el juicio N° 32-2006 Trujillo Naranjo Vs. Llanos y herederos de Monar Saltos, fallo de 10 de febrero del 2006; a las 09h19, publicado en el Registro Oficial 275 de 22 de mayo del 2006; en el juicio No. 45-2006 Zambrano Alcívar Vs. Rivas Valarezo, sentencia dictada el 21 de febrero del 2006; a las I0h49, y publicada en el Registro Oficial 275 de 22 de mayo del 2006, de manera reiterada que: cuando los recurrentes apoyan su recurso en los vicios que corresponden a las causales primera y tercera del mencionado Art. 3, pierden de vista que estos vicios por su naturaleza son excluyentes, y por tanto, no pueden decir que hay aplicación indebida, falta de aplicación y al mismo tiempo errónea interpretación de la misma norma, pues son criterios diferentes y aún opuestos de violación de las normas legales. Adicionalmente, cuando cualquier recurrente no justifica una o más de las causales invocadas (en este caso, la tercera), el recurso se niega.

La jurisprudencia reiterada es un precedente jurisprudencial obligatorio que, si bien es cierto no es vinculante para la propia Corte Nacional pero, en cuanto considere que no es aplicable debería fundamentarlo expresa y prolijamente. En este sentido, tiene la obligación jurídica de motivar porqué en el caso no son excluyentes la aplicación indebida o falta de aplicación de las normas sobre el crédito tributario del IVA con la errónea interpretación de las mismas.

NO CONFISCACIÓN, NO MOTIVACIÓN.-

Es confiscatoria la sentencia porque CNO efectivamente canceló el IVA de las importaciones, tal como en el mismo fallo lo reconoce la Corte Nacional de Justicia y a pesar de ello se le está glosando con el objetivo de exigir un doble pago sin sustento legal. ¿Quién le reembolsará a mi representada el dinero pagado por el IVA de las importaciones? El principio de la neutralidad del IVA evidencia que nadie recuperó el IVA, que aun cuando diga la sentencia de casación que las empresas estatales son los sujetos pasivos del IVA, no fueron ellas quienes lo han pagado (no obra prueba alguna en ese sentido); lo cierto es que el Estado recibió el IVA por parte del importador. Al haber una sentencia que se pronuncia sobre "petitios" más allá de lo que las partes pusieron en su conocimiento, también implica una confiscación, a más de una violación al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y una ausencia de motivación.

La afectación a la seguridad jurídica es mayor cuando ingresa la Corte Nacional dentro del caso, a juzgar sobre el contrato y la cláusula contractual, sin tener competencia ni en razón de la materia, ni en razón de las personas. Aquí es menester precisar lo que dice el Código Orgánico de la Función Judicial: *"**Art. 185**.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá:*

2. Los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares;"

La sentencia se excedió al caso, siendo extra y ultra petita, violándose la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la seguridad jurídica. Amén de los argumentos ya señalados por el vicio de ultra y extra petita, es menester precisar que ninguna de las partes procesales invocó el Art. 20 del Código Tributario como norma supuestamente

inaplicada o erróneamente aplicada.

VI
ADMISIBILIDAD.- ARGUMENTACIÓN DE LA RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL CASO

De conformidad con el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional, respecto de la admisibilidad, solicitamos que **los señores Jueces de la Corte Nacional, Sala Especializada de lo Tributario remitan el expediente completo en originales a la Corte Constitucional, específicamente el Acta de Determinación Tributaria No. RLS-ATRADD2008-0051, y la Resolución 109012009RREC003632 de 25 de marzo del 2009, contentiva de la obligación Tributaria o cualesquiera título de crédito que se pretenda emitir como resultado de la impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal.**

En el caso de que la Sala Especializada de la Corte Nacional no tenga los expedientes originales mencionados, se servirá disponer que la Administración Tributaria extienda los mismos directamente a la Corte Constitucional.

El problema jurídico es el siguiente:

La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional emite una sentencia de casación que: a) carece de motivación; b) se ha excedido en lo que resuelve; c) las pruebas aportadas al proceso y valoradas por el juez a quo oportuna y legalmente, volvieron a ser valoradas, sacándolas de contexto; y, d) Juzga hechos y obligaciones de sujetos extraños al proceso. Lo cual viola la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la no confiscación, la motivación, la no discriminación.

Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley, es el imperativo Constitucional del Art. 172, el cual es concordante con el Art. 424 que hace énfasis en la jerarquía de la Constitución como norma suprema y que "prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica". Si el juez emite una sentencia ajena a estas disposiciones, tal no tendrá

eficacia jurídica.

Alrededor de los principios que alumbran a las normas transcritas en el párrafo precedente, se indicará la relevancia constitucional del caso sobre 3 puntos esenciales: **1.** Los Derechos Fundamentales como cúspide normativa; **2.** La hermenéutica constitucional; y **3.** Las razones de cómo en el caso, mis derechos fundamentales fueron violados por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional.

1. Los Derechos Fundamentales como cúspide normativa;

El positivismo ha propiciado que el juzgador privilegie las formas sobre el fondo, lastimando sensiblemente al concepto de justicia que se transmite a la colectividad, pues al juzgador se lo ha obligado a no penetrar en el principio que se encuentra atrás de cada norma jurídica sino que observe literalmente el texto normativo.

La Constitución juega un papel trascendental para la vida democrática de un país, no sólo porque es "la cúspide de la pirámide" en la jerarquía normativa, sino porque representa el mecanismo de aplicación efectiva y expedita de los derechos fundamentales de las personas, el control del poder público y la plataforma de las relaciones de los ciudadanos entre sí y de estos con el poder.

Esencia de la creación de los Estados modernos fue la Ley por sobre la Constitución, dándole a aquella la calidad de garante y llave de la aplicación de derechos que no siempre estuvieron en la Constitución o que, ya una vez insertos, no podían ser aplicados por falta de Ley[1].

La importancia de la legalidad tuvo (y tiene) su explicación histórica por permitir la "refundación del derecho", tal como lo menciona el profesor Luigi Ferrajoli[2], toda vez que antes existía –la ley- sin concurso del soberano. Es famoso el aforismo: "Veritas, non auctoritas facit legem" (la Verdad, no la autoridad hacen la ley), en donde la "verdad" provenía ya de la Iglesia, ya del Imperio, de los príncipes, los municipios, las corporaciones y no de aquellos a quienes se la aplicaba (derecho premoderno). Posteriormente nace el "Estado Legislativo de Derecho" que deposita en el parlamento la

[1] La doctora Angela Figueruelo Burrieza, profesora de la Universidad de Salamanca, citando a H. Kruger dice: "antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales" en *Nuevo esquema constitucional vigente y estado de Derecho, Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional en Europa, Pedro Torres Edit. México, Limusa, Inst. Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2006, p.116.*

[2] En Nuevo esquema constitucional vigente(s), Miguel Carbonell Ob.cit, *Pasado y Futuro del Estado de Derecho p.52.*

posibilidad de hacer la Ley y se consagra el aforismo: "Auctoritas, non veritas facit legem".

Un proceso constituyente que produce una nueva Carta Constitucional, deposita en la Constitución la Autoridad que protege los Derechos Fundamentales. El Estado contemporáneo no sólo es de derecho, sino de "derechos y justicia", permitiendo que sean los derechos fundamentales, constitucionalmente garantizados, los que alumbren todo el accionar de jueces y autoridades.

La "Ley", en definitiva, cumplió un papel superior al de la Constitución en la vida política y jurídica de todo Estado (y obviamente por sobre los derechos fundamentales), que inicialmente en su Código de leyes sustantivas civiles, y luego en los de procedimiento civil, creó todo un sistema jurídico de control de la legalidad pero no de la Constitucionalidad[3]; el recurso extraordinario de casación es precisamente, el instituto más elaborado de control de la legalidad en el ejercicio jurisdiccional ordinario. La acción extraordinaria de protección por su parte, es la forma más depurada de control constitucional y legal al mismo tiempo, que procura desterrar todo tipo de manejo indebido de las normas en perjuicio de los derechos fundamentales. Es un control distinto del difuso o concentrado de la doctrina constitucional conocida.

En el caso de la acción extraordinaria de protección, en virtud de la cual se controla al ejercicio jurisdiccional de los jueces, la Corte Constitucional no sólo vela por la constitucionalidad sino que es "juzgador de los juzgamientos del Juez" o "juez de jueces" en permanente búsqueda efectiva del respeto y reconocimiento irrestricto de los derechos fundamentales por parte de los administradores de Justicia; en donde, dejamos en claro, no invocamos lo injusto necesariamente de la Sentencia materia de esta acción sino, las violaciones a los derechos fundamentales que hemos descrito.

2. La hermenéutica constitucional;

---

[3] Es muy interesante la referencia que hace al tema un estudio hecho a la Constitución Española de Cádiz de 1812: "Cuestión muy distinta es la posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Que el texto vinculaba a la Administración y, por tanto, a los reglamentos que ésta expedía, parece claro. Pero no lo es tanto en su relación con la ley que, como se verá enseguida, aparecía como expresión de la voluntad general y, por tanto, era norma soberana. Bien es cierto que en ocasiones se adujo que determinadas leyes eran «inconstitucionales», pero al no existir un control de constitucionalidad, todo lo más que podía lograrse era un *self restrain* del Parlamento, esto es, una depuración *ex ante*, impidiendo que los proyectos inconstitucionales se convirtieran en ley aplicable. Una vez que una ley era aprobada y sancionada, no podía expulsarse del ordenamiento por más contraria que fuese a la Constitución". Ver en internet: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/91315286009572273000080/index.htm "La Constitución de 1812 como sistema de normas". Acceso enero 2012

El Art. 169 de la **Constitución Ecuatoriana**, consagra el siguiente principio:

"El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". (El subrayado me pertenece).

Textos como el descrito, normalmente han sido meras "Declaraciones" de naturaleza adjetiva –que, lamentablemente, no se aplican en la práctica pues la forma de aplicar e interpretar las normas por parte del juez o de la autoridad, ha sido rigurosamente formal, estrictamente "literal". Por ello, la Justicia siempre ha sido una aspiración, muy pocas veces una realidad permanente del Sistema Judicial.

En la "**Dogmática Jurídica**" temas como el de la justicia son tratadas como "una virtud", o sea están en plano de lo moral, y lo moral no es propio del pensamiento positivista.

Estos asertos doctrinales, gracias a la actual Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LGJCC) que impone la forma de interpretación de la Constitución (Arts. 3 y 4) tienen una previa correspondencia en la legislación secundaria, así, asiste a nuestra explicación el Art. 18 numeral 1 del Código Civil ecuatoriano, que se encuentra dentro del Parágrafo 4to del Título preliminar intitulado "Interpretación judicial de la ley" que dice: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu..." (El subrayado es mío). Esta norma también obedece a la vieja aspiración de Montesquieu en el espíritu de las leyes: "El juez es la boca que pronuncia las palabras de la Ley".

En este sentido el juzgador (en general) ha debido constreñir su actuar a privilegiar y aplicar el texto por sobre el espíritu de la norma[4], y es lógico que suceda de esta forma pues, la literalidad es

[4] Cuando Napoleón Bonaparte tuvo conocimiento de que se había interpretado el Código Civil se molestó enormemente pues consideraba que estaban alterando su trabajo. Es pertinente también, para el caso, la referencia que hace el doctor Ramiro Ávila Santamaría cuando anota como anécdota que en el Ecuador, uno de los miembros de la comisión de reforma a las leyes, organizada como encargo en el Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP), comentaba la dificultad para conformar un grupo de trabajo para reformar el Código Civil. La razón –explicaba- era que todos los juristas consultados creían que el Código Civil es intocable. En "retos de una

un pilar básico para el principio de la seguridad jurídica[5]. Hoy por hoy, la literalidad deberá estar privilegiada en los Derechos Fundamentales de la Constitución, tal como lo ordena el Art. 427 que dice:
"Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional".

Y así lo recoge de manera atinada la LOGJCC la cual obliga a que el juzgador Constitucional sea literal en la aplicación de la Constitución. El Art. 3 Num. 7 dice:

> *"Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.*
> *Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:*
>
> *7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá a su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación".*

---

institucionalidad Estatal" dentro de *Nuevo esquema constitucional vigente y Sociedad, Obra citada. Pág.39.*

[5] Autores alemanes de la talla de Radbruch que han sido positivistas y relativistas valoraron en su momento la necesidad de que la justicia prime por sobre la seguridad jurídica en el caso de colisiones entre ellas: "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como falso derecho y ceder su paso a la justicia [...] cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es "derecho incorrecto", sino que carece por completo de la naturaleza del derecho [...]" en Radbruch Gustav, Relativismo y derecho, (Traducción de Luis Villar Borda), Bogotá, Temis, 1992, p.2, citado por Luis Villar Borda en "Hans Kelsen 1881-1973", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p.60.

La literalidad constitucional es claramente aplicable en el texto del literal l, num.7 del Art.76, cuando, respecto de la obligación de toda Autoridad Pública de motivar sus resoluciones, dice: *"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"*. Aquí se consagra con meridiana claridad la subsunción: cotejar hechos (valorando la prueba actuada) con el derecho, y si la búsqueda de la justicia lo amerita entonces, no sólo cotejará sino que buscará el principio jurídico que se encuentra atrás de la norma y argumentará sobre su pertinencia. Esto es claro, literal, no amerita interpretación.

En el caso, cuando el Juez de casación conoce y juzga, hace un estricto y extraordinario (por la naturaleza del recurso me refiero) control de mera legalidad que garantiza a las partes seguridad y la revisión objetiva de los errores en los que pudieron haber incurrido los jueces inferiores. Tiene que verificar la procedibilidad del recurso, y para ello existen las normas del Art. 3 de la Ley de Casación, que de no cumplirse no permiten que se conozca y atienda. Si pasa la admisión, entonces se convierte en un tema de pura y dura legalidad, por ello el juzgador de casación debió aplicar estricta y literalmente la ley porque al hacerlo protege la seguridad jurídica.

Cuando el legislador crea la actual LOGJCC determina dentro de los requisitos de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, que el mismo no se refiera a "la falta de aplicación o errónea aplicación de las leyes" pues para ello existe la casación, y el juzgador constitucional debe entonces aplicar, ya no la ley literalmente sino la Constitución..

Una es la literalidad legal y otra la literalidad constitucional. La literalidad legal es aplicada por la Corte Nacional de Justicia en sus fallos de casación, y la literalidad Constitucional por los jueces constitucionales de ser así necesario para la protección integral de los derechos fundamentales.

La Sala Especializada de lo Tributario de la Corte Nacional, admitió un recurso de casación sin existir las causales de procedibilidad; se pronunció ultra y extra petita, valoró la prueba sin tener competencia para ello, lo cual, no sólo violó los derechos constitucionales invocados sino que ni siquiera aplicó la literalidad.

En el presente recurso extraordinario, se insiste enfáticamente en la existencia de violaciones legales, como una mera relación de lo indebido legal, que derivan en la violación al debido proceso y a la

seguridad jurídica constitucionalmente garantizados como derechos fundamentales de toda persona.

Los principios generales del Derecho Tributario, que según Fernando Sainz de Bujanda, están destinados "...más que a cubrir una laguna, a servir de criterio constante de aplicación e interpretación de las normas tributarias y a fundamentar los fallos de la jurisprudencia para impedir resultados contrarios al principio de justicia y seguridad jurídica que se derivarían de la aplicación estricta del precepto tributario adecuado al caso controvertido. En este sentido, los principios generales del Derecho ofrecen un elemento de defensa importante de los ciudadanos frente a la Administración". La seguridad jurídica, en materia tributaria, ha sido explicada por el profesor César García Noboa, en su Obra "El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria", en aquella que consiste en "el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación...".

El derecho a la tutela judicial efectiva puede reducirse en la expresión derecho a la jurisdicción y nuestra Constitución lo recoge en el artículo 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". Es el derecho a acudir a los órganos judiciales, mediante la acción correspondiente para que, a través de un debido proceso, en el cual se ejerza a plenitud el derecho de defensa se obtenga una decisión fundada en Derecho y que ésta se ejecute.

La seguridad jurídica se entiende como la existencia de reglas de juego sólidas, justas y bien hechas, asegura la previsibilidad respecto de los actos de las autoridades y de los jueces. La responsabilidad legal del Estado y sus funcionarios y la posibilidad de demandar daños y perjuicios por sus acciones y omisiones, garantizan el apego a la Ley. La seguridad jurídica tiene que ver con la estabilidad de las normas, y con el debate público, abierto y eficaz para cambiarlas, y con el necesario aval moral de la sociedad para expedirlas, y no solamente con la santificación legislativa de las leyes. La seguridad jurídica tiene que ver con la irretroactividad de las leyes, con el principio de legalidad en la actuación de la administración pública, con la atribución de competencia a los jueces, etc.

La Sala de lo Tributario de la Corte Nacional de Justicia atenta contra

los derechos Constitucionales de mí representada tanto por acción, cuanto por omisión. Por acción en lo referente a la seguridad jurídica y al debido proceso toda vez que ni siquiera cumple con las normas positivas que le imponen: aplicación de la literalidad de la ley. Por omisión al no considerar lo juzgado por el inferior y volver a valorar la prueba y en consecuencia no pronunciarse sobre mi calidad de sujeto pasivo y permitir que se me glose ilegalmente, atentando contra mi propiedad en un manifiesto acto confiscatorio.

Cuando la Sala de la Corte dice en su sentencia como fundamento a su resolución frases como "La sentencia de casación dice en su parte resolutiva: "casa la sentencia y confirma la Resolución 109012009RREC003632 a excepción del recargo del 20% **por las mismas consideraciones estipuladas en el fallo de la Sala de instancia**.-..", (sin que nos refiramos a la legitimidad y fundamentos del recargo mencionado) se contradice flagrantemente por cuanto la Sala de instancia consideró la prueba, y en base a esa prueba reconoció que somos sujetos pasivos del IVA y susceptibles de crédito tributario.

Finalmente, la Corte Nacional, lamentablemente, con falta de competencia en razón de la materia analiza "LAS CLAUSULAS CONTRACTUALES" y sobre ellas sostiene que si bien es cierto fuimos los importadores, las exenciones fueron de carácter arancelario, y que no podíamos ser sujetos pasivos del IVA sin derecho a crédito tributario en consecuencia. Esta incompetencia y falta de motivación no se compadecen con la necesaria tutela jurídica efectiva, ni con la seguridad jurídica que se espera en democracia.

VII
La pretensión concreta respecto de la reparación de los derechos fundamentales vulnerados

Señores Magistrados, el efecto o consecuencia jurídica que la Constitución de la República concede a todas aquellas normas o decisiones de autoridad judicial o pública que atentan contra los derechos fundamentales de las personas es hacerlas carecer de eficacia jurídica, así como la reparación integral de los derechos violentados:

Por ello solicitamos:

a. Se deje sin efecto la sentencia de 4 de diciembre del 2012 dentro de la causa No. 281-2011 emitida por la Sala Especializada de lo Tributario de la Corte Nacional de Justicia.
b. Consecuentemente, y como parte de la "reparación integral", al haberse violado flagrantemente los derechos constitucionales de la empresa CNO, ordenará la "garantía de que el hecho no se repita" (Art.18 LOGJCC), con la expresa declaración que no se violente principio de "non bis in idem".
c. La restauración de los derechos violados, implicará el reconocimiento de la validez de la sentencia del Tribunal de lo Fiscal.
d. Subsidiariamente, y en el supuesto no consentido de que no se acepten las pretensiones anteriores, la reparación integral, material e inmaterial de todos los derechos vulnerados de mi representada implicará que el Servicio de Rentas Internas reembolse a CNO el valor del IVA pagado en importaciones por el año 2005, ordenándose vía modulación de la sentencia, la consecuente liquidación e intereses de conformidad con la Ley.
e. Solicitamos expresamente, vistos los evidentes daños a los derechos fundamentales de mi representada, y con el fin de evitar daños aún mayores, se ordene la suspensión inmediata de los efectos del fallo en contra del cual se interpone la presente Acción Extraordinaria de Protección, para el efecto la Corte Constitucional, a través de su Sala de Admisibilidad, se servirá proveer lo solicitado al calificar la presente Acción.
f. Se servirá dejar constancia y a salvo la existencia de los daños y perjuicios causados.

VIII
CASILLA CONSTITUCIONAL Y DOMICILIO

Los señores Jueces Nacionales y Conjuez Permanente de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, demandados, serán citados con esta Acción Extraordinaria de Protección en sus oficinas de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, de esta ciudad de Quito.

De considerarlo pertinente se servirá citar con la presente al señor Procurador General del Estado y hacer conocer del contenido de la presente al Director General del Servicio de Rentas Internas.

Notificaciònes que me correspondan las recibiré en el casillero Constitucional No. 597.

OCHENTA y UNO (81)

Firmo con mi abogado patrocinador a quien autorizo para la defensa de los intereses de mi representada en la presente causa.

Abg. Thiago de Paula Ribeiro
APODERADO CONSTRUTORA
NORBERTO ODEBRECTH

DR. MILTON CASTILLO MALDONADO
ABOGADO MAT. 5559 C.A.P

DOCUMENTACIÓN ANEXA.-

Adjunto copia de la sentencia ejecutoriada y respuesta de aclaración, debiendo la Sala Especializada remitir todo lo actuado, en originales, a la Corte Constitucional.

Adjunto copia certifica de Poder Especial de representación y copia simple del pasaporte.

No. 17751-2011-0281
Presentado en Quito el día de hoy viernes veinte y cinco de enero del dos mil trece, a las once horas y treinta y siete minutos, con 05 copia(s) igual(es) a su original. Adjunta: PODER NOTARIADO EN 3 FOJAS, COPIA SIMPLE DE PASAPORTE EN 1 FOJA, COPIAS SIMPLES DE LA RESOLUCION DEL RECURSO No. 281-2011 EN 10 FOJAS.. Certifico.

DRA. CARMEN DAVILA YEPEZ
SECRETARIA RELATORA (ENCARGADA)