

**SEÑORES JUECES DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE
LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA:**

Thiago de Paula Ribeiro, en mi calidad de Apoderado de **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.**, refiriéndome al **Recurso de Casación No. 0467-2010** interpuesto por mi representada en contra de la sentencia dictada el 12 de agosto de 2010 por la Cuarta Sala del Tribunal Fiscal N° 2, dentro del Juicio No. 09504-2009-0028, en ejercicio legítimo del derecho previsto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, comparezco ante ustedes dentro del término previsto en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), y propongo la siguiente **Acción Extraordinaria de Protección** ante la Corte Constitucional, sobre la base de los siguientes fundamentos de índole constitucional:

I

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD:

1. Calidad en la que comparece la persona accionante:

El compareciente es el suscrito, Thiago de Paula Ribeiro, por los derechos que represento en calidad de Apoderado y, como tal, representante legal de Construtora Norberto Odebrecht S.A. (en lo posterior identificada simplemente como Odebrecht o CNO), conforme consta de los instrumentos que en copia certificada reposan en el proceso.

2. Identificación de la sentencia materia de esta acción e identificación de la judicatura de la cual emanó:

La sentencia que se impugna mediante esta acción extraordinaria de protección es aquella dictada el 10 de enero de 2013, a las 09h45, por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Recurso de Casación No. 0467-2010, incluyendo la providencia dictada y notificada a nuestra casilla judicial el 8 de marzo de 2013, que rechaza nuestro pedido de aclaración y ampliación de la sentencia. A partir de esta fecha corre el término de 20 días establecido en el artículo 60 de la LOGJCC para la presentación de la acción extraordinaria de protección.

PB&P

3. Constancia de que la sentencia se encuentra ejecutoriada:

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

Más allá de la solicitud realizada, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 296, quinto inciso, del Código de Procedimiento Civil, la sentencia se encuentra ejecutoriada.

4. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios:

La Dirección Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas (SRI) emitió el 18 de septiembre de 2008 el Acta de Determinación No. RLS-ATRADD2008-0050 (en adelante el Acta de Determinación) por Retenciones en la fuente de Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio económico 2005. Por estar inconforme con los rubros determinados por el SRI, CNO interpuso, el 16 de octubre de 2008, ante el Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur, reclamo administrativo de impugnación en contra del Acta de Determinación, (en adelante, Reclamo Administrativo de Impugnación).

El 18 de marzo de 2009, el Director Regional emitió la Resolución No. 109012009RREC002300, en la que rechazó el Reclamo Administrativo de Impugnación en contra del Acta de Determinación.

El 15 de abril de 2009, CNO interpuso una acción contencioso tributaria en contra de la Resolución No. 109012009RREC002300, dando inicio al Juicio No. 09504-2009-0028, cuyo conocimiento recayó en la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.2.

El 12 de agosto de 2010, la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 emitió sentencia aceptando parcialmente la demanda planteada por CNO. En dicha sentencia se declaró la improcedencia e invalidez de la glosa correspondiente a "*Gastos de Supervisión y Administración*" y se confirmaron las demás glosas por retenciones en la

fueron de la fuente del ejercicio fiscal 2005; entre ellas, la glosa por "Gastos Vinculados reembolsados a la Casa Matriz y otros reembolsos", por un valor total de US\$3'850.264,79, sobre la cual gira la presente controversia constitucional.

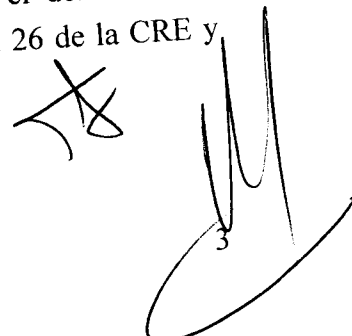
Frente a esta sentencia, CNO interpuso recurso de casación el 20 de agosto de 2010 únicamente sobre la parte de la sentencia que ratificó la glosa por "Gastos Vinculados reembolsados a la Casa Matriz", recurso que fue negado por el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2. Con fecha 30 de agosto de 2010 la compañía interpuso recurso de hecho ante la Corte Nacional de Justicia, dando inicio al Recurso de Casación No. 0467-2010.

El 10 de enero de 2013 la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia emitió sentencia y resolvió desechar el recurso de casación propuesto por CNO. Ante esta decisión, nuestra representada presentó los recursos horizontales de aclaración y ampliación, los cuales fueron desechados mediante providencia dictada el 8 de marzo de 2013.

Al haberse agotado la instancia ordinaria en este juicio y al haberse resuelto el recurso extraordinario de casación en contra de las pretensiones de CNO, no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano otro mecanismo efectivo para la protección y reparación de los derechos de índole constitucional que se han vulnerado en la presente causa. Así, se desprende que hemos agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, inclusive, los recursos horizontales de aclaración y ampliación en contra de la sentencia, los cuales fueron rechazados mediante providencia de 8 de marzo de 2013.

5. Identificación precisa de los derechos fundamentales violados en la decisión judicial:

La decisión judicial impugnada ha violado los siguientes derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva (artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador [CRE] y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]); el debido proceso por falta de motivación (artículo 76, numerales 1 y 7, literal 1) de la CRE); el derecho a la seguridad jurídica (artículo 82 de la CRE); el derecho a la propiedad privada y no confiscación (artículos 321, 323 y 66 numeral 26 de la CRE y 21 de la CADH), conforme lo puntualizaré más adelante.



II FUNDAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 62 DE LA LOGJCC:

Los requisitos de admisión previstos en el artículo 62 de la LOGJCC deben ser interpretados de la manera que más favorezca la admisibilidad del recurso, antes que su rechazo, en atención a los principios pro hominem, pro actione, aplicación directa de la Constitución, supremacía constitucional y no regresividad de los derechos y garantías constitucionales, contenidos en el artículo 11, números 3, 4, 5, 7 y 8 de la Constitución de la República. Hecha esta precisión, procedo a cumplir a cabalidad con cada uno de los requisitos previstos en la ley para su admisión:

I. ARGUMENTACIÓN CLARA SOBRE EL DERECHO VIOLADO Y LA RELACIÓN DIRECTA E INMEDIATA, POR ACCIÓN U OMISIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL, CON INDEPENDENCIA DE LOS HECHOS QUE DIERON LUGAR AL PROCESO:

Los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República establecen que la Acción Extraordinaria de Protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se ha violado, por *acción* u *omisión*, derechos reconocidos en la Constitución. En el presente caso:

- A. La sentencia dictada el 10 de enero de 2013 por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha violado, por *omisión*, los derechos a la *seguridad jurídica* y al *debido proceso*, al haber inobservado la jurisprudencia obligatoria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia conforme lo ordena el artículo 185 de la Constitución de la República, lo cual derivó en aplicación retroactiva de una sanción (recargo por determinación tributaria) a mi representada.
- B. La sentencia dictada el 10 de enero de 2013 por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia ha violado, por *acción*, los derechos constitucionales a la *tutela judicial efectiva* y *debido proceso*, al contener una *motivación aparente* que se fundamenta en razonamientos ficticios. La Sala modificó los hechos reconocidos en la sentencia impugnada, afirmando que en la sentencia el Tribunal Distrital de lo Fiscal (TDF) había llegado a conclusiones

que, en realidad, jamás realizó, con la finalidad de fabricar una argumentación ficticia destinada a rechazar el recurso de casación a CNO.

Esta causal se sustenta también en la inobservancia a la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional respecto a la motivación arbitraria e irrazonable de sentencias judiciales, como fuente de violación del debido proceso y tutela judicial efectiva.

C. La sentencia de la Corte Nacional de Justicia al haberse basado en supuestos falsos, alterando los hechos ya reconocidos en la sentencia del TDF, llegó a una decisión irracional que desencadenó en una imposición confiscatoria a CNO, que violó el derecho a la **propiedad privada y no confiscación**.

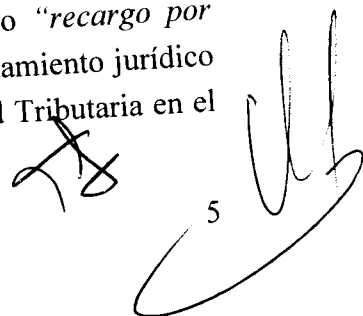
A continuación se desarrollan los tres fundamentos de la presente acción extraordinaria de protección.

A. Violación de los derechos al debido proceso y seguridad jurídica: La sentencia inobserva la jurisprudencia obligatoria del Pleno de la Corte Nacional de Justicia conforme lo ordena el artículo 185 de la Constitución de la República, lo cual derivó en un aplicación retroactiva de una sanción (recargo por determinación tributaria) a mi representada.

La Dirección Regional Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas (SRI) emitió el 18 de septiembre de 2008 el Acta de Determinación No. RLS-ATRADD2008-0050 (en adelante el Acta de Determinación) por **Retenciones en la fuente de Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio económico 2005**.

Constructora Norberto Odebrecht S.A. (CNO) interpuso una demanda contencioso tributaria en contra de la Resolución dictada por el SRI, la cual fue resuelta mediante sentencia dictada el 12 de agosto de 2010 por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 (en lo posterior el TDF). Esta sentencia declaró la improcedencia e invalidez de una glosa y confirmó, entre otras, la glosa por "*Gastos Vinculados reembolsados a la Casa Matriz y otros reembolsos*" **correspondientes al ejercicio económico 2005**.

La sentencia del TDF adicionalmente impuso a CNO el denominado "*recargo por determinación a cargo del sujeto activo*", que fue introducido al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del Art. 2 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el


5

Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de diciembre de 2007.

Este artículo añade como inciso segundo del Art. 90 del Código Tributario, la siguiente disposición: "La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal", añadido que debe entenderse integrado al Art. 90 inciso primero del Código Tributario que dice: "El sujeto activo establecerá la obligación tributaria en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora conforme al Art. 68 de este Código, directa o presuntivamente".

Por tratarse de una determinación tributaria relativa al **ejercicio económico 2005**, la sentencia dictada el 10 de enero de 2013 por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia (la Sala o CNJ), al resolver el recurso de casación interpuesto por CNO, incurrió en una **omisión** al no aplicar la **Resolución de Triple Reiteración adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia**, publicada en el Registro Oficial No. 471 de 16 de Junio del 2011, que establece como precedente jurisprudencial obligatorio la **inaplicabilidad del recargo del 20% a determinaciones iniciadas con anterioridad al 29 de diciembre de 2007, así como a determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008**. Dicha Resolución de Triple reiteración expresa lo siguiente:

"PRIMERO: El recargo del 20% sobre el principal que se aplica en aquellos casos en que el sujeto activo ejerce su potestad determinadora de forma directa, incorporado en el segundo inciso del art. 90 del Código Tributario por el art. 2 del Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, tiene una naturaleza sancionatoria, pues, procura disuadir el incumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al constituir el recargo del 20% sobre el principal una sanción, deben aplicársele las normas que sobre la irretroactividad de la ley penal contienen la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal, así como las normas sobre la irretroactividad de la ley tributaria, que mandan que las sanciones rigen para lo venidero, es decir, a partir de su vigencia. En consecuencia, no cabe que se aplique el recargo del 20% a las determinaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma, esto es, al 29 de diciembre de 2007, como tampoco cabe que se lo aplique a las determinaciones iniciadas con posterioridad a esa fecha, pero que se

refieran a ejercicios económicos anteriores al 2008." (La negrilla y el subrayado son nuestros)

Este precedente jurisprudencial, que por mandato del artículo 185 de la Constitución de la República constituye jurisprudencia obligatoria, esto es, con efectos generales, abstractos y *erga omnes*, debió ser aplicado imperativamente por la Corte Nacional de Justicia, conjuntamente con las normas previstas en la Constitución de la República, el Código Tributario y el Código Penal respecto a la irretroactividad de la ley penal sancionatoria.

En este sentido, el artículo 185 de la Constitución de la República prescribe que:

"Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

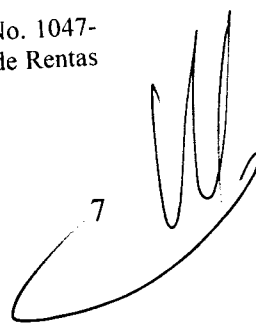
La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala." (El subrayado me pertenece)¹

Concordantemente, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) ratifica la aplicación obligatoria del precedente jurisprudencial:



¹ Fallos de Triple Reiteración ratificados por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia:

1. Sentencia 391-2009 de 9 de agosto de 2010, dictada dentro del juicio de impugnación 1077-09, seguido por la compañía Terminal Aeroportuaria de Guayaquil S.A. TAGSA en contra del Director Regional del Litoral Sur del Servicio de Rentas Internas.
2. Sentencia 310-2009 de 30 de agosto de 2010, dictada dentro del juicio de impugnación 23-08, seguido por Franco Andrés Machado Paladines en contra de la Directora Regional del Sur del Servicio de Rentas Internas
3. Sentencia 138-2010 de 24 de marzo de 2011, dictada dentro del juicio de impugnación No. 1047-2009 propuesto por POLIGRAFICA C. A. en contra del Director Regional del Servicio de Rentas Internas del Litoral Sur y del Director General del Servicio de Rentas Internas;



“Art. 182.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria...”

La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente...” (La negrilla y el subrayado son nuestros)

La norma constitucional establece una *obligación jurídica* de acatar el precedente jurisprudencial dictado por el Pleno de la CNJ para todas las autoridades judiciales, siendo vinculante inclusive para la propia Sala de lo Contencioso Tributario de la CNJ. No se trata de una potestad facultativa, simplemente la Sala no podía apartarse de la aplicación del precedente sino a través de un razonamiento motivado, aprobado de manera unánime por la Sala conforme ordena la Constitución.

La Sala incurrió en una *omisión* al no cumplir esta *obligación jurídica* claramente determinada, la cual violó de manera directa los derechos constitucionales de mi representada. Al respecto, el constitucionalista Rafael Oyarte Martínez ha manifestado que:

*“La omisión, como es sabido, consiste en no hacer algo a lo que se está obligado, es decir, incumplir un deber.(...) El ordenamiento jurídico asigna a los órganos de poder público una serie de potestades y su ejercicio no es, a pesar de la denominación facultativo sino obligatorio.”*²

² Rafael Oyarte Martínez, La Acción de Amparo Constitucional, Fundación Andrade y Asociados, Quito, 2006. Pg. 103.

Frente a esta *omisión* incurrida en la sentencia de la CNJ, mi representada presentó recurso de aclaración y ampliación a través del cual solicitó a la Sala que amplíe su fallo y aplique la Resolución de Triple Reiteración omitida, la cual le impedía a la Sala mantener en la sentencia una sanción retroactiva a mi representada, por la imposición del recargo del 20% a una determinación relativa al ejercicio fiscal 2005.

No obstante, la CNJ desechó el recurso de ampliación mediante auto dictado el 8 de marzo de 2013, agravando la *omisión* incurrida en la sentencia de casación. De esta manera, la Sala vulneró, por *omisión*, los derechos constitucionales a la *seguridad jurídica* y *debido proceso* de mi representada, al permitir que mi representada sea sancionada con el recargo de manera retroactiva.

La introducción de este precedente jurisprudencial obligatorio al ordenamiento jurídico, creó un ambiente de previsibilidad y certeza respecto de la aplicación del Derecho, que dejaba en claro que mi representada no podía ser sancionada retroactivamente con el recargo, por tratarse de una determinación relativa al año 2005. Claramente, esta previsibilidad y certeza fueron vulneradas al momento en que la Sala omitió aplicar este precedente jurisprudencial, las normas constitucionales y tributarias que prohíben la retroactividad de las sanciones, violándose la *seguridad jurídica* y el *debido proceso*.

La *seguridad jurídica* reconocida en el artículo 82 de la Constitución de la República 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, amenaza, daños o riesgos, lo cual crea un ambiente de previsibilidad y certeza, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio, y provoca protección frente a la arbitrariedad y a la vulneración del orden jurídico provocado por el Estado.³

La Constitución del Ecuador garantiza la seguridad jurídica a través de algunas concreciones, como el principio de legalidad, el debido proceso y en este caso en particular, la aplicación del precedente jurisprudencial obligatorio. Al haberse *omitido* la aplicación de esta Resolución de Triple Reiteración, se vulneró claramente el derecho constitucional a la *seguridad jurídica* de mi representada.

³ Resolución de la Corte Constitucional 16, Registro Oficial Suplemento 202 de 28 de Mayo del 2010.

Por otro lado, la Resolución de Triple Reiteración tiene y tenía como objetivo proteger también el derecho constitucional al *debido proceso*, pues al determinarse que el recargo tiene naturaleza *sancionatoria*, su aplicación solamente podía realizarse de conformidad con las garantías mínimas previstas en la Constitución, el Código Tributario y el Código Penal.

La aplicación de una sanción, de cualquier naturaleza, implica una intervención en el ejercicio de los derechos constitucionales de mi representada⁴ En tal virtud, la Sala debió aplicar los principios reconocidos en la Constitución en lo que respecta al ejercicio del *ius puniendi* del Estado⁵ y debió valerse de los principios de aplicación de los derechos constitucionales previstos en la Constitución de 2008.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia *omitió* aplicar el principio de aplicación de los derechos previsto en el artículo 11 número 3 de la Constitución que prescribe:

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento." (El énfasis y subrayado es nuestro)

Este principio se desarrolla en el artículo 426 de la Constitución de la República, que inclusive ordena a las autoridades judiciales aplicar los derechos aunque las partes no los invoquen expresamente:

⁴ Ver Gamero Casdo, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano, Manual Básico Administrativo, Editorial Tecnos 2ª ed. (p. 365). Madrid: 2005.: La sanción se define como "la privación, restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos del sujeto responsable de la infracción, precisamente como reacción-castigo- a la comisión de la misma."

⁵ Ávila Santamaría, Ramiro, El principio de legalidad vs. El principio de proporcionalidad, Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y jueces, en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Editor Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008. Pg. 318.

“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

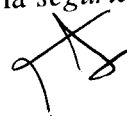

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.” (El énfasis y subrayado es nuestro)

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 5 garantiza la aplicación directa de las normas constitucionales:

“Art. 5.- PRINCIPIO DE APLICABILIDAD DIRECTA E INMEDIATA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación...” (El énfasis y subrayado es nuestro)

Está claro entonces que por mandato constitucional, las autoridades judiciales, en base a su función garantista consagrada en la Constitución de 2008, están obligadas a proteger los derechos constitucionales de los administrados, ya sea de oficio o a petición de parte. Es evidente que la omisión de aplicación del precedente jurisprudencial y del principio de aplicación directa de los derechos significó un menoscabo a la seguridad jurídica y al debido proceso de mi representada.

El argumento empleado por la CNJ de que la indebida aplicación del recargo no fue impugnada por CNO al momento de interponer el recurso de casación y que al resolver sobre este tema la Sala estaría incurriendo en un vicio *extra petita*, no tiene mérito, por las siguientes razones:

En primer lugar, al momento de trabarse la litis no existía ningún precedente jurisprudencial con efectos generalmente obligatorios que se pudiese alegar para impugnar el tema del recargo, y lo único que CNO podía hacer en dicho momento es impugnar las glosas constantes en el Acta de Determinación.

En segundo lugar, el precedente jurisprudencial obligatorio respecto del recargo fue publicado en el Registro Oficial No. 471 de 16 de Junio del 2011, mucho después de la expedición de la sentencia de la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. emitida el 12 de agosto de 2010.

En tercer lugar, el precedente jurisprudencial obligatorio respecto del recargo fue publicado de manera posterior a la interposición del recurso de casación presentado por CNO.

En cuarto lugar, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia no podía resolver la causa sin aplicar normas expresas (tributarias y penales) y principios constitucionales que prohíben la aplicación irretroactiva de una sanción.

En quinto lugar, la Sala de la CNJ debía hacer primar el principio procesal de *iura novit curia*, aplicando una norma distinta a la invocada por el recurrente, con la finalidad de no sacrificar justicia a mi representada, conforme lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.⁶

⁶ Ver Sentencia No. 045-10-SEP-CC de 21 de octubre del 2010 dictada dentro del Caso No. 0731-09-EP. "La rígida formalidad de la Ley de Casación contraría los principios fundamentales de un Estado constitucional de derechos y justicia, pues genera la violación de derechos constitucionales del casacionista, dejándolo en indefensión al denegar la justicia, en flagrante vulneración a lo dispuesto en el artículo 169 de la Constitución de la República. [...] La Corte de Casación debió subsanar el error de identificación, que era claramente comprensible, y efectuar sus reflexiones sobre el fondo, evitando obstaculizarlo por meras formalidades, puesto que todos los jueces y operadores de justicia deben hacer primar el principio procesal de iura novit curia, esto es, la jueza o juez puede aplicar una norma distinta a la invocada por el demandante o recurrente, a fin de no sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades."

Por tanto, es indiscutible que a la fecha de expedición de la sentencia del TDF o de la interposición del recurso de casación, no existía la jurisprudencia obligatoria dictada por el Pleno de la CNJ, y por tanto, no podía ser alegada como un fundamento del recurso de casación. Por consiguiente, es absurdo que la Corte Nacional de Justicia afirme que no puede pronunciarse sobre el recargo, alegando ser una cuestión *extra petita*, al no haber sido impugnada por CNO al momento de interponer el recurso de casación.

En otras palabras, no se podía solicitar la casación sobre la base de la inaplicación de un precedente jurisprudencial, que a la fecha de interposición del recurso, simplemente no existía. No obstante, esto no establecía ninguna limitación a la Sala para que puedan aplicar: el precedente jurisprudencial (adoptado por ellos mismos durante la sustanciación del recurso de casación), las normas respecto a la aplicación de derechos previstas en la Constitución y el principio *iura novit curia* con la finalidad de proteger los derechos constitucionales de mi representada, tal y como se ha señalado.

Por mandato de la propia Resolución de Triple Reiteración y por cuanto en derecho tributario sancionatorio aplican las reglas del derecho penal común⁷, la Sala debió aplicar los artículos 311 del Código Tributario y 2 del Código Penal, citados a continuación:

“Código Tributario. Artículo 311. Irretroactividad de la ley.- Las normas tributarias punitivas, sólo regirán para el futuro. Sin embargo, tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones o establezcan sanciones más benignas o términos de prescripción más breves, y se aplicarán aun cuando hubiere sentencia condenatoria no ejecutada ni cumplida en su totalidad, conforme a las reglas del derecho penal común.” (El énfasis y subrayado me pertenece)

“Código Penal. Artículo 2. Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.”

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, El problema jurídico de las sanciones administrativas, en REDA N° 10, pág. 400 y sigs

Deja de ser punible un acto si una Ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada. (El énfasis y subrayado me pertenece)

Estas disposiciones, que guardan plena concordancia con lo previsto en el artículo 76.3 de la Constitución de la República, establecen claramente que las leyes posteriores (en este caso se trata de un precedente vinculante) que se refieran a los efectos y extinción de acciones y de las penas, se aplicarán favorablemente a los administrados aunque exista sentencia ejecutoriada.

Por lo expuesto, está claro que este precedente jurisprudencial -por mandato constitucional- debió aplicarse favorablemente a CNO con independencia de si fue alegado o no por mi representada, tomando en cuenta que fue expedido después de la emisión de la sentencia del TDF y de la interposición del recurso de casación. La CNJ omitió su deber jurídico de aplicar su propio precedente jurisprudencial con efectos generales - *erga omnes*, conforme lo establecía el artículo 185 de la Constitución de la República.

B. Violación de los derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso por falta de motivación – Violación de los precedentes jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional: La sentencia es arbitraria pues contiene una motivación aparente que se fundamenta en razonamientos ficticios:

La disputa entre las partes se relaciona con la naturaleza económica de transacciones tributarias -extra fronteras- realizadas por CNO. Estas transacciones son consideradas por CNO como *reembolsos de gastos*, mientras que el SRI consideró que eran *pagos directos*. Esta divergencia de criterios significaba que CNO deba o no retener el Impuesto a la Renta.

El SRI emitió la glosa por "*Gastos Vinculados por Reembolsos Vinculados a Casa Matriz*" por considerar que dichas transacciones eran *pagos directos* y por tanto, debía retenerse el Impuesto a la Renta. Ante esta actuación mi representada presentó una demanda contenciosa tributaria que fue aceptada parcialmente, pero se ratificó la glosa "*Gastos Vinculados por Reembolsos Vinculados a Casa Matriz*" mediante sentencia dictada el 12 de agosto de 2010 por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal.

Sin embargo, en la sentencia el TDF no acogió el argumento del SRI respecto a que las transacciones realizadas por CNO fueron *pagos directos*, sino que al contrario, consideró que los *reembolsos de gastos* realizados por CNO no cumplían con los requisitos previstos en la normativa vigente (aplicable únicamente a reembolsos de gastos locales) para que no se retenga el Impuesto a la Renta.

El error del TDF fue aplicar requisitos exigidos a los reembolsos de gastos locales a reembolsos de gastos al extranjero, lo cual fue completamente improcedente.⁸ Sin embargo, en la sentencia jamás se concluyó que las transacciones efectuadas fueron pagos directos.

La motivación aparente de la Corte Nacional de Justicia parte de considerar algo que el TDF jamás consideró: que las transacciones realizadas al exterior por CNO fueron pagos directos. A partir de esta premisa ficticia, la CNJ desarrolló una motivación arbitraria para de forma infundada e irrazonable negar el recurso extraordinario de casación interpuesto por CNO, lo cual vulneró los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y debido proceso exigen que toda resolución dictada por una autoridad judicial contenga una debida motivación conforme lo exige el artículo 76, numeral 7, letra l) de la Constitución de la República.

Los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional han definido que la motivación razonada de las resoluciones judiciales constituye una necesidad imperiosa para garantizar el debido proceso. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que "*aquellas sentencias que contengan contradicciones internas, arbitrariedades o errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables,*

⁸ El reembolso de gastos locales implica la adquisición de un bien o servicio, dentro del país, a través de un intermediario (Esta figura estaba regulada por el artículo 27 del Reglamento para la Aplicación de Régimen Tributario Interno vigente a la época). El reembolso de gastos al exterior, implica la adquisición de un bien o servicio a un proveedor del exterior, a través de un intermediario [Artículo 23 del Reglamento antes referido]. En el pago directo no existe un intermediario en la transacción.

aun teniéndolas se las considerará carentes de motivación, y por tanto vulnerarán el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso."⁹

La *motivación aparente* constituye una forma de *arbitrariedad* en la sentencia que se presenta cuando una determinada sentencia si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que "*aparentemente*" justificarían la decisión del caso, estas no resultan pertinentes para tal efecto, *sino que son falsas, simuladas o inapropiadas.*"¹⁰

En el presente caso, la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Tributario de la CNJ es *arbitraria* por contener una *motivación aparente*, ya que la Sala elaboró *argumentos ficticios*, y como resultado negó el recurso de casación interpuesto por Constructora Norberto Odebrecht S.A.

En el presente caso, la *motivación aparente* parte de *dos premisas ficticias* para llegar a una conclusión errónea y completamente parcializada, que vulnera gravemente los derechos constitucionales de Constructora Norberto Odebrecht S.A.

1. Primera premisa ficticia:

CNO interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada el 12 de agosto de 2010 por la Sala Cuarta del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 (en lo posterior TDF), invocando para ello, la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación que expresa lo siguiente:

"Art. 3.- CAUSALES.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales:

Ira. 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."

Al interponer el recurso de casación en base a esta causal, se entiende que el recurrente no está discutiendo los hechos del proceso, pues precisamente el ámbito de esta causal

⁹ Ver Resolución de la Corte Constitucional 123, Registro Oficial Suplemento 735 de 29 de Junio del 2012. Ver Sentencia No. 043-10-SEP-CC, Caso No. 0174-09-EP. Ver Sentencia No. 009-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de abril de 2010 CASO No. 0595-09-EP

¹⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 8 de noviembre de 2011. EXP. N.º 01939-2011-PA/TC

busca comprobar si el Juez o Tribunal aplicó correctamente las normas jurídicas a los hechos reconocidos en la sentencia. No era competencia de la Corte Nacional de Justicia interpretar o darle un alcance distinto a los hechos reconocidos en la sentencia del TDF.

Esto, inicialmente es aceptado por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia (en lo posterior la Sala o la CNJ) en la página 11 de la Sentencia, al concluir expresamente que:

*“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 resolutive. 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 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 o errónea interpretación de los artículos citados por el recurrente [...]...**”*

Es así que el razonamiento jurídico en la sentencia parte inicialmente de una premisa verdadera, que impide a la Sala hacer consideraciones sobre los hechos constantes en la decisión judicial.

Sin embargo, acto seguido, la Sala modificó arbitrariamente los hechos reconocidos en la sentencia impugnada, afirmando que en la sentencia el TDF había llegado a conclusiones que, en realidad, jamás realizó. En efecto, la CNJ en su sentencia, interpretando erróneamente el pronunciamiento del TDF, menciona:

*“...[el TDF] **al momento de resolver, lo hizo en base a las pruebas aportadas por las partes y llegó a establecer la verdad material de que la compañía actora lo que en realidad hizo, fueron pagos directos a compañías extranjeras y por tanto, debió realizar las retenciones a la fuente...**”* (La negrilla y el subrayado son nuestros)

Es decir, la CNJ modifica los hechos reconocidos en la sentencia y afirma, erróneamente, que el TDF llegó a establecer como verdad material que los reembolsos en realidad fueron *pagos directos*, lo cual no es cierto. Esto demuestra que existe una

grave contradicción, pues, en efecto, la argumentación de que los *reembolsos* en realidad constituyeron supuestos *pagos directos*, no le pertenece al TDF sino al Servicio de Rentas Internas, situación que se verifica en el siguiente texto de la sentencia del TDF:

“La Autoridad Tributaria demandada manifiesta que al estar las facturas directamente a nombre del contribuyente, estas no son reembolsos, sino que son compras directas, por lo que se tuvo que realizar la retención del impuesto...” (El énfasis y subrayado me pertenecen)

La contradicción es evidente ya que la CNJ toma los argumentos del SRI como argumentos propios de la sentencia; cuando, en realidad, el TDF, como ya hemos mencionado, jamás reconoció a los reembolsos como pagos directos, al contrario sentenció en base al artículo 27 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (que regula los reembolsos locales), como cito a continuación:

“el artículo 27 del Reglamento de la época, indica que los reembolsos no constituyen ingreso gravado y por consiguiente no están sujetos a retención del impuesto a la renta, pero expresa la condición de que los comprobantes de venta se encuentren a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos [...] sin embargo por el hecho de que los comprobantes de venta se encuentran a nombre de Constructora Norberto Odebrecht Ecuador S.A., tal como consta en los documentos que reposan dentro del proceso, la normativa ecuatoriana exige que se cumpla con la disposición de realizar la retención en la fuente del impuesto a la renta.”

La cita es clara y permite colegir que la CNJ parte de un presupuesto analítico totalmente distinto al realizado por el TDF, quien jamás concluyó que las transacciones discutidas constituían *pagos directos*, sino que al “*reembolso de gastos*” le faltaba un requisito previsto en el artículo 27 del Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno para no retener el Impuesto a la Renta, de conformidad con el siguiente texto de la sentencia del TDF:

“...La Sala dentro del término probatorio observa que desde la foja 544 a la foja 550 de los autos consta el informe pericial... y detalla las facturas que constituyen el monto de USD \$2'381.499,77 todas estas facturas también se encuentran adjuntas al proceso y... de las cuales se puede

observar que efectivamente se encuentran a nombre de ODEBRECHT ECUADOR y sus respectivos certificados de residencia fiscal en el Brasil... el artículo 27 del Reglamento de la época... expresa la condición de que los comprobantes de venta se encuentren a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos y cumplan los requisitos establecidos en el reglamento de comprobantes de venta y de retención. Para el presente caso... por el hecho de que los comprobantes de venta se encuentran a nombre de Constructora Norberto Odebrecht Ecuador S.A., tal como consta en los documentos que reposan dentro del proceso, la normativa exige que se cumpla con la disposición de realizar la retención en la fuente del impuesto a la renta, en tal sentido, se ratifica lo actuado por la administración tributaria respecto a la glosa por Gastos vinculados, reembolsados a la casa matriz...". (El énfasis y subrayado me pertenecen)

Tal y como se puede apreciar, el TDF jamás concluyó que las transacciones realizadas por CNO fueron *pagos directos* y no *reembolsos de gastos* como falsamente lo dice la CNJ. El razonamiento de la sentencia del TDF gira en el hecho de que, a pesar de ser *reembolsos de gastos* realizados por CNO al exterior, no guardaron conformidad con uno de los requisitos consagrados en el artículo 27 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente a la época para las transacciones locales, que facultaba a no retener el Impuesto a la Renta.

Por lo expuesto, CNO presentó recurso de casación porque consideró que a estos hechos reconocidos por el TDF, que no estaban en discusión, se debía aplicar el artículo 23 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente a la época, por tratarse de una transacción extra fronteras (reembolso de gastos a Brasil) existiendo una indebida aplicación del artículo 27 *ibídem* (relativo a reembolsos locales que no era el caso).

Esto limitaba la competencia de la CNJ a juzgar si se debía aplicar el artículo 23 alegado por CNO o el artículo 27 que aplicó indebidamente el TDF. No obstante, al alterar los hechos de la sentencia, cosa que no podía hacerse por medio de esta causal, y partiendo de una premisa ficticia, se resolvió que CNO efectivamente debía retener el Impuesto a la Renta.

La *motivación aparente* realizada por la Sala permitió que a través de un razonamiento ficticio, esto es, que el TDF, supuestamente afirmó que se trataba de un *pago directo* y no un *reembolso de gastos*, se "justifique" la aplicación de una norma -no aplicable al

caso- y se condene a CNO a realizar una retención que no debió realizar por disposición legal.

El TDF en su sentencia menciona:

“el artículo 27 del Reglamento de la época, indica que los reembolsos no constituyen ingreso gravado y por consiguiente no están sujetos a retención del impuesto a la renta, pero expresa la condición de que los comprobantes de venta se encuentren a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos... los comprobantes de venta se encuentran a nombre de Constructora Norberto Odebrecht Ecuador S.A.,... en tal sentido, se ratifica lo actuado por la administración tributaria respecto a la glosa por Gastos vinculados, reembolsados a la casa matriz...” (El énfasis y subrayado me pertenecen)

Del texto citado se desprende, que fue tan decisiva la *motivación aparente* de la CNJ para dictar la resolución de la causa, que sin ella no se habría llegado a confirmar la Retención del Impuesto a la Renta. Es tan falsa la premisa de que el TDF determinó que eran *pagos directos* pues al sentenciar, tal como citamos, lo hizo en base al artículo 27 del Reglamento que regula los reembolsos de gastos locales.

2. Segunda premisa ficticia:

Sobre la base de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, CNO alegó una indebida aplicación del artículo 27¹¹ del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, en virtud de que el TDF resolvió ratificar la glosa establecida por el Servicio de Rentas Internas aplicando el artículo correspondiente a *reembolsos de gastos locales* a una transacción que, como quedó comprobado, se trataba de *reembolsos al exterior*.

A pesar que el TDF efectivamente aplicó el artículo 27 *ibidem*, la Sala de la Corte Nacional arbitrariamente modificó el fallo del TDF y concluyó que:

¹¹ Art. 27.- Reembolso de gastos.- No constituyen ingresos gravados de los contribuyentes y, por consiguiente, no están sujetos a retención en la fuente, los reembolsos de gastos, cuando los comprobantes de venta hayan sido emitidos a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos y cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento de Comprobantes de Venta y de Retención...

“...como se puede apreciar en ninguna parte del considerando Cuarto numeral uno el Tribunal A quo aplicó indebidamente el artículo 27 del Reglamento para la aplicación para la Ley de Régimen Tributario Interno, solo se ha referido a él como modo de explicación de los requisitos para proceder a un reembolso de gastos, por lo tanto, el inferior no ha incurrido en la aplicación indebida del mencionado artículo.”

Esto contrasta claramente con lo expresado por el TDF en su sentencia que concluyó que:

“el artículo 27 del Reglamento de la época, indica que los reembolsos no constituyen ingreso gravado y por consiguiente no están sujetos a retención del impuesto a la renta, pero expresa la condición de que los comprobantes de venta se encuentren a nombre de la persona a favor de quien se hacen dichos reembolsos y cumplan los requisitos establecidos en el reglamento de comprobantes de venta y de retención. [...] la normativa exige que se cumpla con la disposición de realizar la retención en la fuente del impuesto a la renta, en tal sentido, se ratifica lo actuado por la administración tributaria respecto a la glosa por Gastos vinculados, reembolsados a la casa matriz...” (el énfasis y subrayado me pertenecen)

Vemos que no se trata de una simple explicación a modo de referencia, sino que efectivamente sí se aplicó por parte del TDF el artículo 27 del Reglamento que exige que el comprobante se encuentre a nombre del intermediario para configurar el reembolso de gastos locales. Lo que en realidad ocurre, señores Jueces, es que la Sala de la CNJ modificó nuevamente la sentencia para justificar su actuación parcializada en contra de Odebrecht, a pesar de que es evidente que el artículo 27 del Reglamento fue aplicado indebidamente por el TDF.

A pesar de lo mencionado, para motivar su sentencia, la CNJ no tuvo otra alternativa que afirmar que dicho artículo (27) no fue aplicado, ya que de aceptar su aplicación en la sentencia se habría confirmado que se trataban de reembolsos de gastos, mas no de pagos directos como erróneamente se concluyó. Lo dicho es evidencia de que el artículo 27 tantas veces citado se refiere justamente a reembolsos de gastos locales.

Lo mencionado en párrafos anteriores habría significado inevitablemente la casación del fallo a favor de CNO pues la consecuencia evidente era que el artículo 27 del Reglamento, que regula los reembolsos de gastos locales, fue aplicado indebidamente a

una transacción extra frontera, y por ende, se habría verificado también la falta de aplicación del artículo 23 del Reglamento.

Resulta inaudito, una vez más, que la Sala haya modificado arbitrariamente las conclusiones a las que llegó el TDF, con el fin de rechazar el recurso de casación presentado por CNO. Está claro que existió una violación al debido proceso que preceptúa como una garantía esencial la debida motivación de la sentencia, así como el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dentro de todo Estado Constitucional el poder de los jueces está limitado y debe justificarse de la manera más exigente. En el contexto ecuatoriano, la transición al Estado Constitucional de Derechos y Justicia supone un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda argumentativa con la finalidad de proteger los derechos constitucionales de las personas.

La Constitución de la República supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la fuerza. Por este motivo, el actual paradigma constitucional exige un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación en las decisiones judiciales.¹²

Por tal razón, la Constitución de la República del Ecuador prescribe el deber de motivación de las resoluciones a todas las autoridades públicas, obligación que a su vez, alcanza el status de derecho fundamental reconocido en el artículo 76, número 7, letra l) de la Constitución, como una garantía del debido proceso y derecho de defensa:

“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.”

Motivar una decisión judicial significa proporcionar argumentos que la sostengan. Se trata en esencia del *razonamiento* o *argumentación* que conduce a los jueces a la conclusión arribada en el fallo. La motivación es una explicación en un contexto de

¹² Jorge Zavala Egas, Argumentación, Pg. 460.

justificación, que nos permite conocer el proceso intelectual seguido por el juez para llegar a su decisión.¹³

El deber de motivación, a su vez, se constituye como un presupuesto indispensable para garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República:

“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.” (el énfasis y subrayado me pertenece)

En efecto, la doctrina constitucional ha señalado que el derecho a la tutela judicial efectiva se configura fundamentalmente como una garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables.¹⁴

Por tanto, este derecho constitucional se vulnera cuando la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable.¹⁵ Esta problemática constitucional ha sido desarrollada a través de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que cito a continuación:

Sentencia 1:

“La motivación razonada de las resoluciones judiciales constituye necesidad imperiosa para garantizar un debido proceso. Al respecto, sostiene Leibar Iñiqui: “Las resoluciones judiciales que contengan contradicciones internas, arbitrariedades o errores lógicos que las conviertan en manifiestamente irrazonables, aun teniéndolas se las

¹³ Ídem. Pgs. 494 y 495.
¹⁴ Víctor Roberto Obando Blanco - Catedrático de Derecho Procesal Civil, Juez Civil, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Corte Superior de Justicia del Callao. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia (Julio 2002) <http://vlex.com/vid/60274564>.
¹⁵ Humberto Nogueira Alcalá, en El Derecho de Acceso a la Jurisdicción y al Debido Proceso en el Bloque Constitucional de Derechos en Chile, Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2008, Pg. 818.

considerará carentes de motivación, y por tanto vulnerarán el derecho a la tutela judicial efectiva...¹⁶ (el énfasis y subrayado me pertenece)

Sentencia 2:

"Motivar es encontrar el motivo por el cual se pronunció en determinada forma el juez que resolvió la causa puesta a su conocimiento, la cual debe producirse de manera razonada atendiendo a las circunstancias particulares del caso y apegada a los preceptos constitucionales y legales."¹⁷

Sentencia 3:

"La motivación, por lo tanto, no es solo un problema de comunicabilidad, va más allá del cumplimiento estricto de los requisitos formales de la ley, pues no es suficiente el uso impecable de la lógica formal, si este encubre un razonamiento incomprensible; tampoco lo es señalar la norma si no se explica el porqué se considera aplicable, pues en la debida motivación de la sentencia se materializa el principio de la tutela judicial efectiva."¹⁸

Sentencia 4:

"El concepto de motivación se refiere a la justificación razonada que hacen jurídicamente aceptable a una decisión judicial. La motivación, según Colomer, "es sinónimo de justificación y por ello la esencia de este concepto se encuentra en que su decisión es conforme a derecho y ha sido adoptada con sujeción a la ley".

Oswaldo Alfredo Gozaini manifestaba que: "la progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos, plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental. No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del

¹⁶ Ver Sentencia No. 009-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 08 de abril de 2010 CASO No. 0595-09-EP

¹⁷ Quito, D. M., 23 de septiembre del 2010, SENTENCIA No. 043-10-SEP-CC, Caso No. 0174-09-EP.

¹⁸ Resolución de la Corte Constitucional 123, Registro Oficial Suplemento 735 de 29 de Junio del 2012

Estado, o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso".¹⁹

Por lo expuesto, la problemática constitucional se produce cuando estamos, tal y como sucede en el presente caso, ante una resolución judicial *irrazonable*, ya sea porque contiene premisas contradictorias, sea porque es *arbitraria* o bien sea porque contiene errores en la lógica formal. En tal caso, como lo ha determinado claramente la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, la resolución judicial carece de motivación y por tanto, es violatoria del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Para determinar si una sentencia es manifiestamente *irrazonable* se debe analizar el *razonamiento* que utilizó el juez para llegar a la conclusión adoptada en la sentencia. El *razonamiento* consiste en el conjunto de proposiciones relacionadas de tal manera que la proposición final, denominada conclusión, se deriva de las proposiciones iniciales conocidas como premisas.²⁰

El razonamiento puede ser válido (correcto) o no válido (incorrecto). El razonamiento es válido si la verdad de las premisas hace probable la verdad de la conclusión, mientras que el razonamiento es inválido si se parte de una premisa que no es verdadera, haciendo falsa la conclusión adoptada.

La doctrina de la arbitrariedad de las sentencias avala esta postura, cuando la sentencia contiene una *motivación aparente*, que carece de toda fundamentación y no merece ser calificada como acto jurisdiccional válido.²¹

Según lo ha expresado el Tribunal Constitucional Peruano, existe *motivación aparente* cuando una determinada resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que "aparentemente" justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, *sino que son falsas, simuladas o inapropiadas en la medida que en realidad no son idóneas para adoptar dicha decisión.*²²

La sentencia es arbitraria cuando se fundamenta en una *motivación aparente* que parte de premisas ficticias. Igualmente, existe arbitrariedad cuando se excede el límite de posibilidad interpretativa que el ordenamiento deja al arbitrio del juez²³. Es arbitraria

¹⁹ Resolución de la Corte Constitucional 123, Registro Oficial Suplemento 735 de 29 de Junio del 2012.

²⁰ Contreras, Bernardo, *Lógica Simbólica*, Universidad Católica del Táchira, Venezuela, San Cristóbal, 1992.

²¹ Ricardo Luis Lorenzetti, Pg. 211.

²² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia de 8 de noviembre de 2011. EXP. N.º 01939-2011-PA/TC

²³ Bianchi, Alberto; *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ED. 99-835.

también cuando adolece de un error inexcusable²⁴ o es producto del incumplimiento de un mínimo de requisitos jurídicos²⁵. En definitiva, la arbitrariedad comporta una violación de la esencia del orden constitucional.²⁶

En el presente caso está claro que la sentencia judicial contiene una *motivación aparente*, pues parte de *premisas ficticias* utilizadas por la CNJ para negar el recurso de casación interpuesto por CNO. Inexplicablemente, la CNJ ha fundamentado su análisis en supuestas conclusiones a las que habría llegado el TDF, que jamás se hicieron en realidad.

C. Violación del derecho a la propiedad privada y no confiscación: La sentencia de la Corte Nacional de Justicia al haberse basado en supuestos ficticios, alterando los hechos ya reconocidos en la sentencia del TDF, llegó a una decisión irracional que desencadenó en una imposición confiscatoria a CNO.

Como se explicó, la sentencia de la Corte Nacional de Justicia al haberse basado en supuestos ficticios, alterando los hechos ya reconocidos en la sentencia del TDF, llegó a una decisión irracional y claramente confiscatoria.

El confirmar la sentencia de TDF implica que CNO se encuentre obligada al pago de US\$ 970.331,50 (correspondiente al valor confirmado por retenciones en la fuente del ejercicio fiscal 2005 y un recargo del 20%), sin tomar en cuenta los intereses generados a la fecha, lo cual claramente afecta el derecho de propiedad de CNO. Al respecto hay que recalcar que, en adición al impuesto que se pretende cobrar a CNO que de por sí afecta derechos constitucionales, la CNJ acepta un recargo que, a través de precedente obligatorio, fue calificado como irretroactivo para todos los casos de determinaciones anteriores al 2008, lo cual evidentemente afecta irrazonablemente el patrimonio de mi representada.

Esta afectación al derecho de propiedad a través de la imposición del pago de un tributo en principio es racional, pues el Estado tiene la facultad de restringir la propiedad de los ciudadanos con el objeto de que prevalezca el bien común. Sin embargo, esta potestad

²⁴ Imaz, Esteban, *El recurso extraordinario*, 2ª edición actualizada por Ricardo E. Rey y Lino E. Palacio, Editorial Nerva, ediciones de derecho y economía, Pg. 105.

²⁵ Ídem.

²⁶ Bianchi, Alberto, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, ED. 99-835.

tributaria encuentra su límite en los derechos y principios reconocidos en la Constitución.

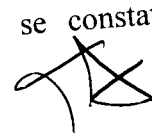
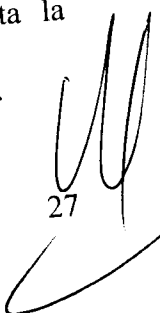
El derecho de propiedad de CNO se vio afectado con la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia, por falta de motivación al basar su decisión en supuestos ficticios y por no aplicar preceptos jurisprudenciales obligatorios (Resolución de Fallo de Triple Reiteración dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia respecto del recargo del 20%). Este hecho trae como consecuencia una imposición económica para CNO, lo que afecta su derecho de propiedad. Dicha afectación se configura cuando la Corte concluye:

“...sin embargo, por el hecho de que los comprobantes de venta se encuentran a nombre de Constructora Norberto Odebrecht Ecuador S.A., tal como consta en los documentos que reposan dentro del proceso, la normativa exige que se cumpla con la disposición de realizar la retención en la fuente del impuesto a la renta, en tal sentido, se ratifica lo actuado por la administración tributaria respecto a la glosa por Gastos vinculados, reembolsados a la casa matriz...”
(el énfasis y subrayado me pertenecen)

Únicamente desde el punto de vista de impuesto a la renta, tomando en cuenta que el impuesto causado por CNO en el ejercicio fiscal 2005 ascendió al monto de US\$ 1'210.121,92, y el impuesto determinado por el Servicio de Rentas Internas, sin tomar en cuenta el recargo del 20% ni los intereses, es de US\$ 4'915.676,26, estamos hablando de que el Estado pretende cobrar a la compañía por impuesto a la renta una tarifa del 102%.

	USD	Tarifa
IR causado	1.210.121,91	0,25
IR determinado	4.915.676,26	1,02

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que la utilidad contable de la compañía durante el año 2005 fue de USD 3'527.871,94 y la base imponible de USD 4'840.487,66, razón por la cual en relación al Impuesto a la Renta y Retenciones en la Fuente del año 2005, la glosa de USD 4'915.676,26 está absorbiendo más del 100% de la utilidad contable y de la base imponible, razón por la cual se constata la confiscatoriedad alegada.

"Los tributos son confiscatorios cuando absorben una parte sustancial de la propiedad"²⁷. El derecho a la propiedad privada, aspecto determinante en la prohibición de no confiscatoriedad, se encuentra garantizado en el artículo 66 número 26 de la Constitución de la República, en todas sus formas. El derecho a la propiedad privada, al igual que todos los derechos reconocidos en la Constitución, es de aplicación directa, y se encuentra reconocido también en instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁸, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁹, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁰.

Es claro que pretender cobrar un impuesto desproporcionado y un recargo evidentemente retroactivo como en el presente caso, basado en una sentencia carente de motivación, por los argumentos expuestos en los puntos anteriores, vulnera abiertamente el derecho a la propiedad de CNO. Es impensable que la compañía, adicionalmente al valor de US\$ 1'210.121,92, impuesto a la renta causado en el ejercicio 2005, pague al Estado un total adicional de US\$ 6.869.143,01 por retenciones e impuesto a la renta, es decir casi 6 veces más que su impuesto causado.

2. TRASCENDENCIA NACIONAL Y RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL PROBLEMA INTERPUESTO.-

La relevancia constitucional de la presente causa es manifiesta, pues involucra el análisis de la obligatoriedad de aplicación de una Resolución de Fallo de Triple Reiteración dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, consagrada en el artículo 185 de la Constitución de la República.

²⁷ Acción de amparo, expediente No. 1739-2000 del Tribunal Constitucional Peruano.

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica":

"Art. 21.- *Derecho a la propiedad privada.*-

1. *Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*

2. *Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*

3. *Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*"

²⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

"Artículo XXIII.- *Derecho a la propiedad.*- *Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.*"

³⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos:

"Art. 17.-

1. *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.*

2. *Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.*"

La aplicación de este precedente jurisprudencial tiene especial relevancia constitucional, por cuanto impide que se aplique la sanción tributaria del recargo de manera retroactiva, lo cual vulneró los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia consideró al recargo como una sanción tributaria a la cual debían aplicarse las normas de irretroactividad consagradas en la Constitución, el Código Tributario y la Ley Penal. El principio de irretroactividad está protegido como un pilar fundamental en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

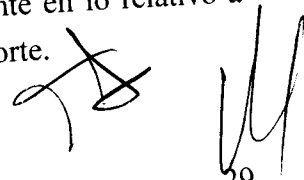
Igualmente, la relevancia constitucional de esta acción extraordinaria de protección viene dada por la línea jurisprudencial respecto a la motivación arbitraria de sentencias, conforme se ha establecido en los siguientes fallos de la Corte Constitucional: Sentencia de la Corte Constitucional 123 publicada en el Registro Oficial Suplemento 735 de 29 de Junio del 2012. Sentencia No. 043-10-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 0174-09-EP. Sentencia No. 009-10-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador dictada dentro del CASO No. 0595-09-EP

3. **QUE EL ADMITIR UN RECURSO EXTRAORDINARIO DE PROTECCIÓN PERMITA SOLVENTAR UNA VIOLACIÓN GRAVE DE DERECHOS, ESTABLECER PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES, CORREGIR LA INOBSERVANCIA DE DE PRECEDENTES ESTABLECIDOS POR LA PROPIA CORTE CONSTITUCIONAL:**

Por las consideraciones antes anotadas, es evidente que la presente acción cumple con la exigencia prevista en el numeral 8 del artículo 62 de la LOGJCC de que

“la admisión de un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.”

En este escrito se ha indicado con total claridad en que consiste la violación grave a los derechos constitucionales de mi representada, y principalmente, se ha acusado la inobservancia de precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, con lo cual se cumple plenamente con este requisito de admisión, particularmente en lo relativo a corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la propia Corte.



4. CUMPLIMIENTO DEL RESTO DE REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 62 DE LA LOGJCC:

Finalmente, se deja establecido el cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 62 de la LOGJCC, toda vez que el fundamento de la acción no se agota en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia, tampoco se fundamenta en la falta de aplicación o errónea interpretación de la ley, ni se refiere a la apreciación de la prueba por parte del juez, y por último, no se interpone en contra una decisión del Tribunal Contencioso Electoral.

III PRETENSIÓN:

Con los antecedentes expuestos y una vez que se han cumplido los requisitos de forma y fondo para la procedencia de la presente acción extraordinaria de protección, atentamente solicito se sirvan admitir a trámite la acción interpuesta, a fin de que en sentencia se declare que se han violado los derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva (artículos 75 de la Constitución de la República del Ecuador [CRE] y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]); el debido proceso por falta de motivación (artículo 76, numerales 1 y 7, literal l) de la CRE); el derecho a la seguridad jurídica (artículo 82 de la CRE); el derecho a la propiedad privada y no confiscación (artículos 321, 323 y 66 numeral 26 de la CRE y 21 de la CADH)

Una vez declarada la vulneración de derechos constitucionales, solicito se sirva ordenar las medidas más amplias al alcance de la Corte Constitucional para conseguir la reparación integral de los derechos violados, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 número 3 de la Constitución de la República y artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que prescribe:

“En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad

competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud [...]"

Consecuentemente, y como parte de la "reparación integral", al haberse violado flagrantemente los derechos constitucionales de mi representada, la Corte Constitucional ordenará la "garantía de que el hecho no se repita" (Art.18 LOGJCC), con la expresa declaración que no se violente el principio de "non bis in idem".

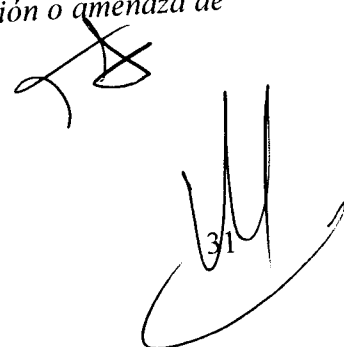
IV MEDIDAS CAUTELARES:

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 87 de la Constitución de la República, solicito se sirva dictar, como medida cautelar, **la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada, mientras se sustancie y resuelva la presente acción extraordinaria de protección.** Esta petición se fundamenta en la necesidad de tutelar el derecho constitucional de mi representada a desarrollar actividades económicas, consagrado expresamente en el artículo 66 número 15 de la Constitución de la República, ante una amenaza inminente y grave de violación.

La ejecución de la sentencia impugnada ocasionará que CNO conste como deudora de una obligación tributaria, a pesar que esta supuesta deuda ha sido establecida a través de una sentencia completamente arbitraria tal y como se ha señalado en la presente acción. Por la naturaleza de las actividades que Constructora Norberto Odebrecht realiza en el Ecuador la ejecución de la sentencia impediría que CNO pueda participar en procesos licitatorios y, en consecuencia, ejecutar su única actividad económica en Ecuador.

Al crearse una amenaza grave inminente de violación al derecho a desarrollar actividades económicas de CNO, es deber de la Corte Constitucional proteger la efectiva vigencia de estos derechos a través de una medida cautelar que ordene la suspensión de la sentencia, hasta que se resuelva la presente acción. Esta solicitud de medidas cautelares tiene pleno sustento constitucional.

El artículo 87 de la Constitución de la República dispone que "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho."



31

La norma constitucional permite la interposición de medidas cautelares de manera independiente o conjunta con cualquier garantía jurisdiccional, siempre que se busque como finalidad evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

Es así que la Constitución no prohíbe la interposición de medidas cautelares conjuntamente con la acción extraordinaria de protección, lo cual guarda armonía con la finalidad garantista de la Constitución de Montecristi y los fines superiores del Estado, establecidos en los artículos 3.1³¹ y 11.9³² de la Carta Fundamental.

Al ser la Constitución la Norma Suprema del ordenamiento jurídico, con carácter normativo y fuerza vinculante propia, es de aplicación directa e inmediata por parte de todos los jueces, tribunales, autoridades y servidores públicos, quienes tienen el deber de aplicarla prevalentemente sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. El segundo inciso de su artículo 426 señala que:

*“Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, **aplicarán directamente las normas constitucionales** y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.”*

En este sentido, y fundado en una interpretación integral (sistemática) de la Constitución, conforme lo ordena el artículo 427 de la Carta Magna, está claro que el artículo 87 de la Constitución permite solicitar medidas cautelares de manera amplia, sin exclusiones.

Ante esta situación, es deber de la Corte Constitucional tomar en consideración el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 424 y aplicar la norma constitucional directa y preferentemente sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Todo esto significa que en el caso particular se deba aplicar el artículo 87 de la

³¹ Art. 3.- 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, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

³² Art. 11.- 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Constitución de manera directa y preferente, sobre cualquier limitación arbitraria establecida en el artículo 27 de la LOGJCC.

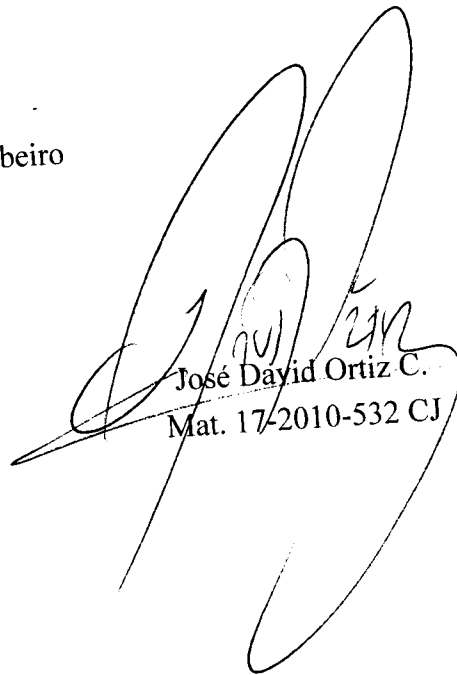
V.

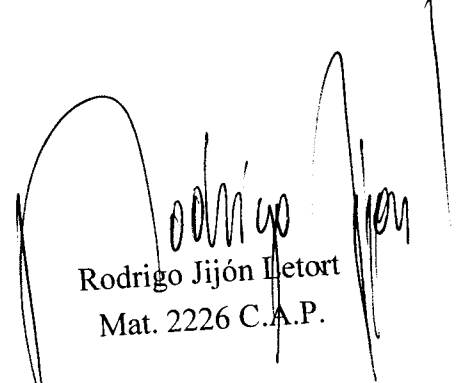
AUTORIZACIÓN Y NOTIFICACIONES:

Autorizo a los doctores Rodrigo Jijón Letort, Diego Pérez Ordóñez, José David Ortiz y Edgar Ulloa Balladares, a fin de que realicen cuanto acto o gestión sea necesaria para la defensa de los intereses de nuestra representada.

Señalo para notificaciones la casilla constitucional 238.

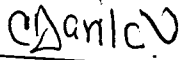

Thiago de Paula Ribeiro
Apoderado


José David Ortiz C.
Mat. 17-2010-532 CJ


Rodrigo Jijón Letort
Mat. 2226 C.A.P.

No. 17751-2010-0467

Presentado en Quito el día de hoy miércoles veinte y siete de marzo del dos mil trece, a las quince horas y cuarenta y cinco minutos, con 4 copia(s) igual(es) a su original.
Adjunta: Fotocopia notariada de poder especial otorgado por la Constructora Norberto Odebrecht S.A. a favor de Thiago de Paula Ribeiro. Certifico.



DRA. CARMEN DAVILA
SECRETARIA RELATORA (ENCARGADA)