



RECURSO No. 497-2010

RECURSO No. 497-2010

JUEZ PONENTE: DR. GUSTAVO DURANGO VELA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.-

Quito, a 1^o de julio de 2013. Las 9:30.-----

VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en virtud de la Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura; y, por la Resolución de Conformación de Salas de 30 de enero de 2012 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En lo principal, mediante sentencia dictada el 2 de agosto de 2010, la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Quito, desecha la demanda de impugnación presentada por el señor Wong Loon, representante legal de la compañía OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A. y declara válida la Resolución No. 117012008RRECO13034 de 6 de octubre de 2008, con lo que se confirma el Acta de Determinación Tributaria No. 172008100033, emitida por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, en concepto del impuesto a la renta del año 2003.- Dentro del término concedido en el Art. 5 de la Ley de Casación, el representante de la Empresa actora OCP ECUADOR S.A., presenta su escrito contentivo del pertinente recurso.- Negado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 19 de agosto de 2010, propone el recurso de hecho y agrega una póliza de seguro de garantía judicial por USD \$ 902.901,11 para suspender la ejecución de la sentencia, por tanto ha subido en conocimiento de esta Sala Especializada de la Corte Nacional para que se confirme o revoque la decisión de la Sala juzgadora, la que ha revocado tal negativa y en consecuencia, ha habilitado el de casación en auto de 25 de octubre del mismo año, en el que además se ha corrido traslado a las partes con los pertinentes escritos, para los fines previstos en el Art. 13 de la Ley de Casación. El Dr. Fabricio Batallas, ofreciendo poder o ratificación del Director General y Director Regional Norte

del Servicio de Rentas Internas, dentro de tiempo, se han pronunciado en defensa de la sentencia recurrida y ha señalado domicilios donde recibir notificaciones, dicha gestión es ratificada en debida forma por las Autoridades demandadas.- Concluida la tramitación de la causa y siendo su estado el de dictar sentencia, para hacerlo se considera: -----

PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer del presente recurso, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 184 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 1 de la Ley de Casación y el Art. 185 numeral 1 Parte II del Código Orgánico de la Función Judicial. -----

SEGUNDO: El representante legal de la Empresa actora, en el extenso escrito que contiene su recurso (fs. 6910 a 6954) dice que basa su recurso en las causales contempladas en los numerales primero, segundo y cuarto del art. 3 de la Ley de Casación y que la sentencia ha infringido por falta de aplicación (causal 1ra.) el literal l) del Art. 76, 169 y 425 de la Constitución de la República, Arts. 17, 270, 272 y 273 del Código Orgánico Tributario, numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, Art. 51 del Código de Comercio; por omisión de resolver los puntos de la litis (causal 4ta.) el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil y Art. 273 del Código Orgánico Tributario. Al fundamentar su recurso, explica que la sentencia no se ha pronunciado sobre los puntos en los que se trabó la litis, dice que se impugnaron veinte y siete glosas y sub glosas que, fueron contestadas por la Administración, de ellas sólo de manera superficial se refiere a la de "reembolsos de gastos", sin siquiera especificar a una de las varias glosas de gastos levantadas en su contra, pero sobre las otras, siendo de gran trascendencia, no dicen nada, por lo que resulta incomprensible que se deseche la demanda sin resolver los puntos controvertidos, lo que contraría las normas ya referidas (273 COT y 274 CPC). Continúa diciendo que la sentencia tampoco ha valorado la abundante prueba que ha sido actuada, lo que le ha llevado a errar en su decisión, transcribe parte de la sentencia (considerando



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

CIENTOS CINCUENTA Y OCHO 158

RECURSO No. 497-2010

décimo quinto), sin que se hayan valorado las pruebas en su conjunto dentro del más amplio criterio de equidad o judicial (270 COT y 115 CPC), para evidenciar lo cual, hace una relación de cada prueba documentada que según él, desvirtúan las glosas una por una, documentación de la contabilidad que fue revisada, estudiada y sirvió para sustentar los informes de los peritos y que, de acuerdo al Art. 17 del COT demuestran el hecho económico de los gastos relacionados directamente con la generación de la renta, en vista de lo cual y en base a la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, pide se case la sentencia y se acepte su demanda. Que por lo expuesto la sentencia "carece de falta" de motivación, pues si no resolvió todos los puntos de la litis y nada dice sobre las pruebas, carece de motivación, como lo exige el literal l) del Art. 76 de la Constitución (SIC) y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, la Sala A quo ha hecho una superficial referencia a la impugnación (considerando décimo segundo), resulta incomprensible que se resuelva una causa sin analizar todas y cada una de las pretensiones de las partes procesales y que considere que las pruebas aportadas por la actora no han desvirtuado los cargos levantados en su contra, dejándola en indefensión. Sobre la falta de aplicación del Art. 17 COT dice que, la esencia debe prevalecer sobre la forma como también lo ordena el Párrafo 13 del Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de Estados Financieros, en base a los cuales el juzgador debe hacer un detenido análisis sobre la realidad del hecho económico demostrado independiente de la forma jurídica utilizada, pues no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (Art. 169 C.R.), ya que los gastos incurridos, han sido suficientemente demostrados no pueden ser utilizados como deducciones para el cálculo del impuesto a la renta causando un enriquecimiento injustificado del fisco, pues sus proveedores ya pagaron impuestos sobre los bienes adquiridos por la Empresa OCP, cita jurisprudencia y doctrina; que el Art. 103 de la LRTI es aplicable sólo al IVA y no a la renta para "sustentar que los gastos de un contribuyente deben encontrarse soportados en documentos que cumplan los requisitos de un

Reglamento" en franca contradicción con el Art. 17 COT pues sólo a partir de la Ley para la Equidad Tributaria (29 de diciembre del 2007, no aplicable para el ejercicio 2003 por el principio de irretroactividad de la ley) es necesario que se encuentren soportados en documentos que reúnan requisitos reglamentarios y que la única norma pertinente a la deducción era la señalada en el numeral 1 del Art. 10 de la LRTI, aplicable por el orden jerárquico ordenado en el Art. 425 de la Constitución vigente (272 de la anterior), que la sentencia tampoco ha cumplido el mandato del art. 51 del Código de Comercio que dispone que los libros de contabilidad hacen plena fe en contra del comerciante que los lleva, yéndose incluso en contra de los informes de la Auditoría Externa (Ernst & Young) que fueron aceptados y aprobados por el Ministerio de Minas y Petróleos, todo lo cual implica que se ha configurado la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación y pide así se declare. Continúa manifestando que, a más de los vicios in iudicando en la sentencia, ésta ha cometido graves errores in procedendo (causal 2da.) que ha provocado indefensión a su representada, pues pese a haberlo solicitado la Sala no expidió la providencia pidiendo autos para sentencia, lo que le hubiera permitido presentar alegatos en derecho, y sin hacerlo procedió a emitir el fallo, lo que contraría lo dispuesto en los Arts. 272 y 273 del COT y el literal c) del numeral 7. del Art. 76 de la Constitución, razones por las que también debe ser casada la sentencia. Pide se fije caución para para que se provea el recurso de casación propuesto. -----

TERCERO: En la contestación al recurso presentado por la parte actora, la Administración Tributaria representada por su Procurador (fs. 7 a 9 del cuadernillo de casación), alega que el recurso planteado por la Empresa OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A. es improcedente, porque no se ha precisado en cada caso los hechos que dice han infringido las normas citadas, condición que debe cumplir un recurso, debiendo demostrar en qué consiste y por qué ha errado la Sala en su sentencia, no basta que enuncie una teórica "falta de aplicación" de normas, deficiencias que fueron detectadas por el auto en que se rechaza el recurso por



RECURSO No. 497-2010

parte de la Sala juzgadora, el compareciente se ha limitado a enunciar la falta de aplicación de ciertas normas sin establecer las correspondencias entre los presupuestos jurídicos y los criterios y normas aplicados en el fallo, omisión que no puede ser suplida por el juez de casación. En lo que respecta a la causal 2da. no ha precisado cuáles normas de procedimiento han sido omitidas, pues sostiene en forma genérica que no se ha valorado las pruebas, sin señalar la norma de derecho y de valoración presuntamente violadas, y debe precisarse el concepto de la violación, que el recurrente se ha limitado a manifestar que se ha dejado de apreciar una prueba y que ese error condujo a violar una norma de derecho. En cuanto a esta misma causal 2da. no existe ningún incumplimiento del Art. 273 del COT, sin tomar en cuenta que el 10 de febrero de 2010 el propio actor dio por concluido el proceso cuando solicitó se declare cerrado el término probatorio y se pidan autos para sentencia. En relación a la causal 4ta., que pretende que se declare que la sentencia no ha resuelto todos los puntos sometidos al litigio, pero de su revisión, es claro que se concede al juez el resolver con absoluta discrecionalidad los aspectos inherentes al juicio y los que en relación directa comporten control de legalidad, conforme amplia jurisprudencia de la ex Corte Suprema. Por último sostiene que en casación no cabe una nueva valoración de la prueba, aduciendo una falta de aplicación del Art. 270 del COT y 115 del CPC, pues no se trata de una segunda instancia por tanto, no cabe un nuevo análisis de la prueba conforme la amplia jurisprudencia al respecto. Por todo ello, debe ser rechazado el recurso de la Empresa actora.-

CUARTO: Corresponde entonces, analizar si efectivamente la sentencia recurrida, adolece de los defectos que le son imputados por la recurrente, pues esa es la tarea del Tribunal de Casación, determinar si existe violación del Derecho en sus argumentaciones y conclusiones: **A)** En relación a la causal esgrimida como "falta de motivación", por no resolver todos los puntos de la litis y no pronunciarse sobre las pruebas, como lo exige el literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República (Arts. 24 numeral 13 de la

Constitución Política de 1998, aplicable al año del litigio), en concordancia con el Art. 273 del Código Tributario y 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual por sus efectos de nulidad debe ser afrontado en primer término y que erróneamente lo fundamenta en el numeral 1ro. del Art. 3 de la Ley de Casación, por cuanto estaría más encasillada en la **causal 5ta.** del referido artículo, pero que esta Sala ha sido laxa en aceptar dicha equivocación y en casos iguales ha procedido a conocer sobre el fondo de la impugnación. Revisada que ha sido la sentencia, se encuentra que si bien el análisis de los hechos controvertidos, de las pruebas presentadas por las partes, de los informes de los dos peritos insinuados, tanto por la Empresa actora como por la Administración Tributaria, no son tan explícitos y extensos como el caso amerita, han decidido dentro de su más amplio criterio de justicia o equidad; en consecuencia no porque los argumentos esgrimidos por el Tribunal A quo no son compartidos por una de las partes, puede sostenerse que la sentencia carece de motivación, como tampoco puede sostenerse que en una sentencia motivada, sus razonamientos sean conforme a Derecho, como así lo ha calificado esta Sala Especializada en casos similares, por lo mismo se rechaza la pretendida causal de casación esgrimida por el recurrente.- **B)** Es también impugnada la sentencia, porque según el recurrente, no se ha pronunciado sobre los puntos en que se trabó la litis, ya que se impugnaron veinte y siete glosas y sub glosas que, fueron contestadas por la Administración y de ellas, sólo de manera superficial se refiere a la de "reembolsos de gastos" (causal 4ta.), lo que en su parte esencial se considera en la sentencia para rechazar la demanda, es que la parte actora no ha probado documentadamente las impugnaciones hechas, en especial facturas y comprobantes debidamente emitidos e informes de los auditores independientes por lo que concluye aceptando los argumentos de la administración para haber levantado las glosas. En relación a los requisitos formales que han de contener los documentos de soporte de la contabilidad, es necesario referirse a lo señalado en el Art. 104 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que obliga a que los



RECURSO No. 497-2010

comprobantes de venta, para ser documentos válidos deben reunir los requisitos formales señalados en el respectivo Reglamento, pues no se trata de meras formalidades que puedan eludirse, sino por el contrario elementos sustanciales que permiten la aplicabilidad de la norma legal. En este sentido el art. 38 del Reglamento de Comprobantes de Venta y Retención vigente al ejercicio en discusión, establecía de manera obligatoria los requisitos formales que deben reunir los documentos de soporte y que deben ser cumplidos por los contribuyentes; en estas consideraciones, dentro de su más amplio criterio judicial o de equidad, la Sala A que ha resuelto aceptar las excepciones y rechazar la demanda de impugnación, principalmente en cuanto tiene relación a las Glosas III.1.1.3, III.2.1. y III.2.2. "Reembolso de gastos al exterior sin informes de auditores independientes y sin documentos de soporte", y la III.2. "Determinación de costos y gastos" y todas sus sub glosas, por no haber sido impugnadas expresamente lo cual por ser apreciación de prueba por parte del juzgador, no es motivo de casación, como unánimemente ésta y las demás Salas de la Corte Nacional de Justicia lo han señalado.- C) De la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre algunas de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás; sin embargo esta forma ambigua de resolver es impugnada por la Empresa recurrente, que considera se le está denegando justicia con este diminuto proceder, y pretende sea casada la sentencia por haberse dejado de aplicar el Art. 270 del Código Tributario en concordancia con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, particularmente la glosa III.1.2. levantada por "pago de intereses al exterior", porque según la Administración, el Art. 17 del Código Orgánico Tributario, permite llegar a la esencia de la transacción prescindiendo de su forma y tales provisiones no se tratan de préstamos sino de una provisión de fondos, y por ende no son sino utilidades remesadas al exterior a compañías relacionadas o domiciliadas en paraísos fiscales, puesto que nadie puede hacerse un

préstamo a sí mismo, y en consecuencia debió considerarse como un acto de subcapitalización pues lo que ha habido, es una "simulación de préstamo".- Si bien tal negocio está previsto en la ley, para efectos del pago del impuesto a la renta (obviamente en la Ley de Régimen Tributario Interno), esta normativa ha tenido un desarrollo histórico que, se ha dado de la siguiente manera: el numeral 3. del artículo 13 del texto original de la ley, fue sustituido por el Art. 23 de la Ley 99-21 reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 181 de 30 de abril de 1999, con el siguiente tenor que, en estricto sentido es la norma que estuvo vigente en el ejercicio económico 2003, en disputa, decía:

"Art. 13.- Pagos al exterior.- Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. Serán deducibles, y no estarán sujetos al impuesto a la renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente, los siguientes pagos al exterior:.. 3.- Los intereses de créditos externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha de registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito" (....) (el resto del extenso artículo no tiene que ver con el caso tratado).- (El subrayado pertenece a la Sala). Este tercer numeral es sustituido por el Art. 75 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 242 de 29 de Diciembre de 2007 (que también suprime el numeral 2), por el siguiente tenor: "...3. Los intereses de créditos externos, exclusivamente pagados por créditos de gobierno a gobierno o concedidos por organismos multilaterales tales como el

RECURSO No. 497-2010

Banco Mundial, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo, registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha del registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito". Conforme a esta redacción, a partir del ejercicio 2008, no son deducibles los pagos de intereses por los préstamos externos obtenidos por los sujetos pasivos, a no ser que sean los concedidos por los organismos señalados en la norma trascrita y siempre que se hayan hecho las retenciones en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, reforma que indudablemente haría inútil la discusión para el ejercicio 2003; pues si bien la realidad económica que se estaba viviendo en el Ecuador, hizo que el legislador establezca estas restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior (la reforma al III inciso del numeral 2 del Art. 10 de la LRTI de 30 de julio de 2008, establece que el monto de los créditos externos entre partes relacionadas no podrán ser mayores al 300% con respecto del patrimonio de las sociedades), no es menos cierto en que en el 2003, no existía tales condiciones, sin embargo, esta Sala en casos similares (causa N° 27111-2010, Andes Petroleum vs. SRI) ha aceptado la glosa, considerando que tales operaciones de crédito se identifican como "subcapitalización", ya que las realidades de un préstamo realizado por la matriz a una subsidiaria no corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia una simulación relativa, pues resulta claro que, aunque existe un acto jurídico auténtico, la verdadera intención es la de obtener un beneficio en contra de la recaudación tributaria,

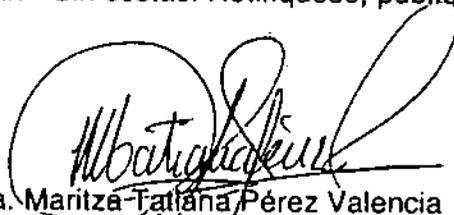
pues la simulación en los convenios con el propósito de disminuir el pago de impuestos, debe ser combatido. Pero el presente caso, difiere de los otros, no sólo porque no se podía exigir condiciones que la ley ni el reglamento habían previsto, sino porque además: 1) Consta que en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la Empresa OCP ECUADOR S.A., salvo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55'000.000, (cincuenta y cinco millones de dólares), (en el caso de ANDES su capital era de USD \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe "subcapitalización" por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo "ship or pay" suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado interés sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita. En conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano. Por todo esto, se desvanece la presente glosa.- D) Sobre la Glosa III.2.7 "Intereses y comisiones del exterior", sobre la cual tampoco hay pronunciamiento expreso de la Sala. A quo, resulta obvio, porque así lo requería la Ley de Contratación Pública, que la contratista con el Estado debía rendir las garantías en ella prevista lo cual tiene un costo, habiendo demostrado con la documentación pertinente que, la fórmula de cálculo para el pago de comisiones debía

realizarse neto de impuestos, por lo que debió realizar un doble cálculo, lo cual no perjudica los intereses del Estado, por lo que procede dar de baja la mentada glosa; por último, E) referente a la Glosa III.3 "Recargo de obligación tributaria determinada", en que la recurrente alega que la sentencia no aplica el Art. 300 de la Constitución en concordancia con los Arts. 3 y 311 del Código Orgánico Tributario, al reconocer como válido el 20% de recargo en la obligación tributaria, contraviniendo el principio de irretroactividad de la Constitución y más normas jurídicas tributarias; al respecto, es necesario referirse a la Resolución del Pleno de la Corte Nacional, que acepta el triple fallo reiterativo jurisprudencial de esta Sala, el cual se publica en el Registro Oficial N° 471 de 16 de junio de 2011, cuyo artículo primero es pertinente transcribir: ***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 No. 242 de 29 de Diciembre de 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.*** (subrayado fuera de texto). Siendo que se discute en el presente caso, una determinación del impuesto a la renta por el ejercicio 2003, el referido recargo del 20% no le



aplica a la empresa OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS OCP DEL ECUADOR S.A.-----

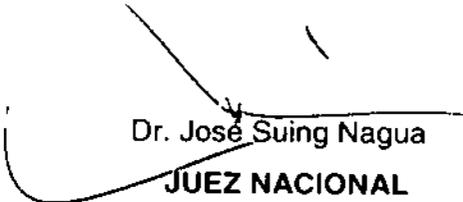
Sin que sea menester entrar en otros análisis, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, acepta parcialmente el recurso de casación propuesto por el representante legal de la Empresa actora, en la forma y consideraciones que constan en el numeral Quinto de esta sentencia.- En conformidad a lo señalado en el Art. 12 de la Ley de Casación, se dispone que, el cincuenta por ciento de la caución rendida por la Empresa recurrente le sea entregado al SRI en concepto de indemnización por la demora en la ejecución de la sentencia y el otro cincuenta por ciento, como abono a las deudas tributarias que como consecuencia de la misma se llegue a liquidar.- Sin costas. Notifíquese, publíquese y devuélvase.-



Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia

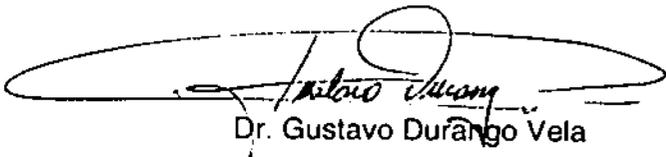
JUEZA PRESIDENTA

(V.S.)



Dr. José Suing Nagua

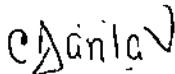
JUEZ NACIONAL



Dr. Gustavo Durango Vela

CONJUEZ

Certifico.-



Dra. Carmen Elena Dávila Yépez

SECRETARIA RELATORA ENCARGADA



Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

CIENTO SESENTA Y OCHO 163

ACTOR: LOON WONG REPRESENTANTE LEGAL DE OLEODUCTOS DE
(RECURRENTE) CRUDOS PESADOS ECUADOR S.A. (OCP)

DEMANDADO: DIRECTORES GENERAL Y REGIONAL NORTE DEL SERVICIO
DE RENTAS INTERNAS.

Quito, a 18 de julio de 2013. Las 9H30.-----

VISTOS: Avocamos conocimiento del presente juicio, conforme la Resolución N° 004-2012 de 25 de enero de 2012 emitida por el Consejo de la Judicatura y por la Resolución de Conformación de Salas de 30 de enero de 2012, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario es competente para conocer y pronunciarse sobre el recurso de casación en virtud de lo establecido en los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República, 185, segundo inciso, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y 1 de la Ley de Casación.-----

I. ANTECEDENTES

1.1.- El Sr. Wong Loon en calidad de representante legal de OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A., interpone Recurso de Casación en contra de la sentencia de 2 de agosto de 2010 a las 09h49 y el auto de fecha 11 de agosto de 2010 emitida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1, dentro del Juicio de Impugnación N° 26247-308-09-VJ, seguido por LOON WONG representante legal de OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS ECUADOR S.A. (OCP) en contra del Director General del Servicio de Rentas Internas y el Director Regional Norte de dicha institución, sentencia en la cual se



Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

*"...desecha la demanda de impugnación propuesta por el señor **LOON WONG** en su calidad de Representante Legal de la compañía de **OLEODUCTOS DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A.**, declarando la validez legal del acto administrativo contenido en la Resolución No. 117012008RREC013034 de 6 de octubre del 2008, que confirma el Acta de Determinación No. 172008100033, levantada en concepto de impuesto a la renta del ejercicio económico 2003."* -----

1.2.- El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera, segunda y cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; señala que las normas infringidas son el literal l) del numeral 7 del Art. 76, Arts. 169 y 425 de la Constitución de la República, Arts. 17, 270, 272 y 273 del Código Orgánico Tributario, numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, Art. 51 del Código de Comercio. En relación a la **causal cuarta** arguye que se ha omitido de resolver los puntos de la litis, contrariando el Art. 273 del Código Orgánico Tributario y el Art. 274 del Código de Procedimiento Civil. Fundamenta su recurso en razón de que la sentencia no se ha pronunciado sobre los puntos en los que se trabó la litis, establece que se impugnaron distintas glosas y sub glosas relacionadas con la determinación del activo diferido, la determinación de costos y gastos y el recargo por obligación tributaria determinada y que todas ellas fueron contestadas por la administración, trabándose así la litis, y de ellas en el fallo se hace relación exclusivamente y de manera superficial a la glosa de "reembolso de gastos", sin siquiera especificar a una de las varias glosas de gastos levantadas en su contra, por lo que resulta incomprensible que se deseche la demanda sin resolver los puntos. Respecto a la **causal primera** aduce que la sentencia tampoco ha valorado la abundante prueba que ha sido actuada, lo que le ha llevado a errar en su decisión. Arguye que conforme el Art. 270 del Código Tributario y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria a la materia tributaria según el Art. 223 del Código Orgánico Tributario, el Tribunal estaba en la obligación de valorar todas las pruebas en su conjunto dentro del más amplio criterio judicial o de equidad; posteriormente procede a analizar cada una de las pruebas que según el recurrente desvirtuarían las glosas impugnadas una por una. Adicionalmente bajo esta misma causal determina que existe falta de motivación de la sentencia, ya que al no



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

resolver todos los puntos de la litis y al no enunciar y analizar todas las pruebas actuadas dentro del proceso, mal podría haber motivación conforme lo dispuesto en el literal I) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República y el Art. 130 numeral 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; reitera que la Sala A quo al haber hecho una superficial referencia a la impugnación, dejando de analizar cada uno de los puntos controvertidos en el juicio, se queda insubsistente el silogismo jurídico que comporta la base de toda la actuación judicial, por lo que el recurrente afirma haber quedado en indefensión. Por otra parte afirma que se ha dejado de aplicar el Art. 17 del Código Orgánico Tributario que establece que cuando el hecho generador se delimite en conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá siempre en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan con independencia de las formas jurídicas que adopten, esta disposición aduce concuerda con el principio contable de prevalencia sobre la forma contenido en el párrafo 13 del Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de Estados Financieros, publicado mediante Resolución N° FNCE 07.08.99 en el Suplemento del R.O. N° 291 de 5 de octubre de 1999 y el cual se encuentra en concordancia con el Art. 169 de la Constitución de la República que dispone que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades, por lo tanto expresa que en el fallo se ha dejado de aplicar estas garantías ya que no se analiza la documentación de soporte aportada en juicio, ni el hecho económico en cada caso, bajo ese criterio establece que los gastos incurridos, han sido suficientemente demostrados, y que al no poder ser utilizados como deducibles para el cálculo del impuesto a la renta, se ha originado un enriquecimiento injustificado del fisco, ya que el actor y sus proveedores ya pagaron impuestos sobre los bienes adquiridos. En adición afirma que el Art. 103 de la Ley de Régimen Tributario Interno es aplicable sólo al IVA y no a la renta en lo que respecta a los documentos de soporte de gastos por lo que existe una franca inobservancia a lo ordenado en el Art. 10, numeral 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno relativa al Impuesto a la Renta, única norma pertinente al caso, y que sólo a partir de la Ley para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el R.O. N° 42 de 29 de diciembre de 2007, es necesario que los gastos se encuentren soportados en comprobantes de ventas que reúnan requisitos reglamentarios. Arguye también que en el fallo se ha dejado de aplicar Art. 425 de la Constitución de la República



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

vigente (272 de la Constitución Política), que preveía el orden jerárquico de aplicación de normas, en virtud de lo cual un reglamento no estaría en capacidad de reformar una Ley. Por otra parte el recurrente expresa que la sentencia tampoco ha cumplido el mandato del Art. 51 del Código de Comercio que dispone que los libros de contabilidad hacen plena fe en contra del comerciante que los lleva, puesto que se ha dejado de valorar el contenido de la documentación contable aportada en el proceso, incluido los informes de los Auditores Independientes (Ernst y Young) respecto del ejercicio fiscal 2003, informes que fueron presentados al Estado ecuatoriano y que no fueron en ningún momento observados ni objetados por el Ministerio de Minas y Petróleos. En lo concerniente a la **causal segunda**, expone que la sentencia ha cometido graves vicios in procedendo que ha provocado indefensión a su representada, pues pese a haberlo solicitado, la Sala no ha expedido la providencia que declare cerrado el término probatorio y disponga pasar autos para dictar sentencia, lo que le hubiera permitido presentar alegatos en derecho, y sin hacerlo procedió a emitir el fallo, lo que contraría lo dispuesto en los Arts. 272 y 273 del COT y el literal c) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución, razones por las que también debe ser casada la sentencia. -----

1.3.- Aceptado el recurso mediante auto de admisibilidad de 25 de octubre de 2010, a las 16h30, se corrió traslado a las partes. El demandado contesta solicitando se considere que a pesar de tratarse de un amplio escrito contentivo del recurso de casación, no se ha precisado en cada caso en qué consiste tal hecho, es decir en qué consiste el haber "infringido" cada una de las normas citadas. Considera que no es suficiente el enunciar la falta de aplicación de ciertas normas, sin que establezca cuáles son las correspondencias que existen entre las causales o presupuestos jurídicos a los que recurre y los criterios y normas aplicadas por la Sala en la Sentencia o Auto definitivo. En relación a la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, indica que ésta se refiere a errores o vicios in judicando, es decir, cuando el juzgador utiliza indebidamente una norma o da un significado diferente, pues, lo que se trata es de proteger la esencia y contenido de la norma de derecho que consta en un Código o Ley vigente, también, incluidos los precedentes jurisprudenciales, cosa que en el caso cuestionado no ha ocurrido, como correctamente ha señalado la H. Cuarta Sala al rechazar el recurso de casación en una



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

primera instancia. Al respecto precisa que la Sala en la providencia que rechazó el recurso de casación, correctamente hace suyos los razonamientos expuestos en los fallos de casación emitidos, en el proceso 325-07, de septiembre 26 del 2007, publicados en el Suplemento del Registro Oficial N° 338, de 16 de mayo de 2008, que en la parte pertinente del considerando CUARTO, indica: *"...con relación al cargo formulado por la causal primera,... el artículo 6 de la Ley de Casación, establece que los recurrentes deben señalar, respecto de cada una de las normas legales invocadas, que vicio se ha cometido, en qué parte de la sentencia, y no limitarse a enumerar las causales o normas jurídicas que se consideran infringidas, por lo que se rechaza este cargo por falta de debido fundamentación ..."*; y, la Resolución de la Corte Suprema N° 124- 2003 publicada en el Registro Oficial N° 154 de 25 de Agosto de 2003, dice: **"6.3. CARGOS QUE SE ENMARCAN EN LA CAUSAL PRIMERA 6.3.1. Los cargos de la causal primera solamente se pasan a considerar una vez que no han sido admitidos el o los demás cargos sustentados en las otras causales que contienen lo que la doctrina denomina errores in procedendo o casación indirecta. La casual primera contiene el o los cargos que constituyen errores in judicando, que se refieren al fondo mismo de la litis en que se analizan las normas sustantivas. Ya no se discuten los hechos sino la calificación de éstos y los efectos dice esta calificación..."**. En consecuencia expone que en el presente caso el compareciente se ha limitado a enunciar la falta de aplicación de ciertas normas, sin establecer cuáles son las correspondencias que existen entre una de las causales o presupuestos jurídicos a los que recurre y los criterios y normas aplicadas por la Sala en el auto recurrido, conforme lo establece la doctrina y los distintos fallos de Casación dictados por la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, por lo que no le corresponde a la Sala suplir esta omisión. En lo que respecta a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, expresa que el recurrente se limita a señalar una norma e indicar los presupuestos jurídicos que la causal determina, cuando en el escrito de interposición del recurso de casación debe precisarse cuáles son las normas que la Sala ha violado en la sentencia o las solemnidades sustanciales de procedimiento que han sido omitidas; debe además precisarse el concepto de la violación, es decir, el error, la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, el error en la selección de la norma por parte del juez,

el error en la existencia de la norma y error en el significado de la norma. Por otra parte aduce que el recurrente transcribe lo que determina el Art. 273 del Código Tributario que trata sobre la sentencia, con el fin de argumentar que se ha provocado una indefensión a su representada, sin tomar en cuenta que con fecha 10 de febrero de 2010, el propio actor expresamente dió por concluido el proceso, cuando solicita que se declare cerrado el término probatorio y se disponga que pasen los autos para dictar sentencia, por lo tanto, el hecho de que la Sala haya procedido de conformidad con lo que en reiterados fallos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, no constituye otra de las causales para interponer el Recurso de Casación. En relación con la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación invocada, que dice referirse a la "Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis", expresa que la Sala correctamente considera que el Art. 273 del Código Tributario confiere la facultad al Juez para resolver con absoluta discrecionalidad, los puntos sobre los que se trabó la litis y aquellos que en relación directa con los mismos, comporten control de legalidad *"aun supliendo las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o apartándose del criterio que aquellos atribuyan a los hechos"*, como así también se halla señalado por la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia dentro del pronunciamiento en el proceso 100- 2006, del 29 de agosto del 2006, publicado en el R.O. Nº 46 del 20 de marzo del 2007. -----

II.- ARGUMENTOS QUE CONSIDERA LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

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

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



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Justicia que se ve

Recurso de Casación
Nº 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

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

a) ¿En la sentencia recurrida, se ha configurado la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, ya que existe falta de aplicación del literal l) del numeral 7 del Art. 76 y Arts. 169 y 425 de la Constitución de la República y el numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, los Arts. 17 y 270 del Código Tributario y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, el numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el Art. 51 del Código de Comercio? -----

b) ¿En la sentencia recurrida, se ha configurado la causal segunda del Art. 3 de la Ley de Casación, al existir a criterio del recurrente falta de aplicación de los Arts. 272 y 273 del Código Orgánico Tributario y el literal c) del numeral 7 del Art.76 de la Constitución de la República? -----

c) ¿Se ha incurrido en la causal cuarta, por cuanto la sentencia no ha resuelto todos los puntos de la litis? -----

III.- RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y MOTIVACIÓN

3.1.- Sobre las problemáticas planteadas, esta Sala Especializada analiza lo siguiente: a) El Art. 3 de la Ley de Casación, respecto a la causal primera dispone: *"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."* Según el autor Tolosa Villabona Luis Armando (Teoría y Técnica de la Casación, Ed. Doctrina y Ley, Bogotá, Colombia páginas 257 y 359) la aplicación indebida de una norma: *"Es un error de selección de una norma jurídica. El juez aplica una norma que no es llamada a regular, gobernar u operar en el caso debatido. Se trata de una sentencia injusta, y el error es error de subsunción o de aplicación. La norma es entendida rectamente pero se aplica a un hecho no gobernado por la norma, haciéndole producir efectos no contemplados en ella"*. En cuanto a la falta

de aplicación de la ley sustancial: Error *contra ius*, falta de aplicación de la ley sustancial indica que implica desconocimiento y señala que: *"Ocurre la falta de aplicación cuando se deja de aplicar un precepto legal, y ello constituye la infracción directa típica, por haberlo ignorado el sentenciador o por haberle restado validez, sea por desconocimiento del fallador o por abierta rebeldía contra el precepto. Esta conculcación puede estar aparejada de la aplicación indebida de otros preceptos..."*. Finalmente sobre la interpretación errónea de una norma, es decir: Error *iuris in iudicando*, *"se trata de la exégesis equivocada de la norma en su contenido mismo, independientemente de las cuestiones de hecho debatidas en la sentencia y del caso que trata de regular. La norma jurídica es la que gobierna el asunto, pero en sentido diverso, por lo tanto yerra en el enfoque verdadero de la norma, en su espíritu y alcances. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado alejándose de su espíritu y finalidad. No puede entonces, presentarse falta de aplicación de un precepto mal interpretado. El error se comete en la premisa mayor de la sentencia, es decir, en la ley objeto de aplicación, por desconocimiento del sentenciador de los principios hermenéuticos o interpretativos de la ley; ante textos oscuros o dudosos no tiene en cuenta las fuentes formales del derecho y confunde las clases de interpretación..."*. Adicionalmente en lo concerniente a la causal primera, es pertinente señalar, lo que manifiesta el Doctor Santiago Andrade Ubidia en su libro La Casación Civil en el Ecuador: *"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 en 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 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"*. Esta Sala Especializada, deja expresamente señalado que en la causal primera se parte de hechos probados, es decir que no cabe una nueva consideración de los mismos, ya que los medios de prueba fueron analizados y apreciados



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

por el Tribunal A quo; en definitiva lo que persigue la causal primera, es examinar la aplicación indebida de las normas sobre dichos hechos. **b)** Respecto de las alegaciones del recurrente, él mismo expresó en su recurso que existe falta de aplicación del Art. 270 del Código Tributario y el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto, se omite valorar prueba actuada por su representada, para lo que en extenso realiza un pormenorizado análisis de cada una de las pruebas aportadas en el proceso, relacionándolos con cada glosa que él consideró como injusta y apartada a derecho. Como señalamos en el literal a) de la presente Resolución. La causal primera parte de hechos que han sido probados y determinados en el fallo, estableciéndose la facultad del Juez en el presente recurso, de realizar el respectivo control de legalidad sobre la normativa que ha aplicado el Juez Aquo respecto de esos hechos, por lo que no es posible valorar nuevamente la prueba. En consecuencia las normas que cita el actor como indebidamente aplicadas, de ser el caso corresponderían en análisis a la causal tercera del Art. 3 de la Ley de casación, siempre que se diseñe el argumento como un precepto jurídico aplicable a la valoración de la prueba. En lo relacionado a la falta de aplicación del literal l) del numeral 7 del Art. 76 de la Constitución de la República y el numeral 4 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial, el legitimario determina que el fallo yerra en la violación de dichas normas al no estar debidamente motivado. Dicha acusación corresponde a la causal quinta del Art. 3 de la Ley de Casación, específicamente dentro de los requisitos que son indispensables para la emisión de la sentencia, previstos en el Art. 273 del Código Tributario en concordancia con los Arts. 274 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte respecto de la acusación de falta de aplicación de los Arts. 169 y 425 de la Constitución de la República, del numeral 1 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el Art. 51 del Código de Comercio, artículos por los cuales el actor los relaciona a su entender con el hecho económico y sobre el reconocimiento de los requisitos para la emisión de los comprobantes de venta (únicamente los previstos en la Ley y no en los reglamentos); revisada su fundamentación no se establece específicamente sobre qué hechos probados y establecidos en el fallo se han aplicado indebidamente las normas acusadas, puesto que de manera general habla de los gastos especificados en su impugnación y que a su decir, han sido reales e indiscutiblemente



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

relacionadas con la generación de ingresos gravados y por otra de un enriquecimiento injustificado del fisco, argumentos que no son suficientes para proceder con el control de legalidad respectivo. En consecuencia respecto a los cargos imputados dentro de la causal primera, este Tribunal por el análisis antedicho no realizará el control de legalidad respectivo. c) El Art. 3 de la Ley de Casación señala: "... 2da. *Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;*". El Doctor Santiago Andrade en su libro *la Casación Civil en el Ecuador* páginas 116 y 117 indica: "*Respecto de esta causal, debe advertirse que no toda violación del procedimiento es motivo de casación a su amparo. La norma es muy clara: únicamente cuando ha habido aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, a condición de que hubiere influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente.*- **3.2.1. Principios que informan la materia** Son dos los principios que informan esta materia, el de la especificidad y el de trascendencia, es decir, a) que el vicio este contemplado en la ley como causa de nulidad y b) que sea de tanta importancia, ésto es trascendente, que el proceso no pueda cumplir su misión sea porque falten los presupuestos procesales de la acción o del procedimiento, sea porque coloque a una de las partes en indefensión. No existen más causas de nulidad que las que se encuentran expresamente señaladas como tales en el texto legal, sin que pueda ampliarse o aplicarse extensivamente (principio de especificidad) pero no solamente esto, sino que, además, debe tener tal importancia que haya influido o haya podido influir en la decisión de la causas, causando la indefensión de una de las partes; o ser de tal manera grave que prive al proceso de sus elementos estructurales, de manera que no exista en realidad un proceso sino únicamente una apariencia de proceso: estarán ausentes los presupuestos procesales del procedimiento (principio de trascendencia)". De conformidad con el Art. 346 del Código de Procedimiento Civil son nulidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: "1. *Jurisdicción de quien conoce el juicio;*- 2. *Competencia del juez o tribunal, en el juicio que*

CIENTO SESENTA Y OCHO / 168



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

Justicia que se ve

Recurso de Casación
Nº 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

se ventila;- 3. Legitimidad de personería;- 4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;- 5. Concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;- 6. Notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,- 7. Formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe." Por su parte el inciso primero del Art. 273 del Código Tributario dispone: "Concluida la tramitación el tribunal pronunciará sentencia dentro de treinta días de notificadas las partes para el efecto. Antes de sentencia, las partes podrán presentar informes en derecho o solicitar audiencia pública en estrados, con igual finalidad." d) El recurrente en su escrito objetó que su representada el 10 de febrero de 2010, expresamente solicitó a la Cuarta Sala del H. Tribunal de lo Fiscal Nº 1 se sirviera declarar cerrado el término probatorio y disponer pasen autos para dictar sentencia, solicitud que no fue atendida, ya que no se cerró el término probatorio y mucho menos se dispuso pasen autos para sentencia. Revisado la normativa del caso, dicha actuación requerida no es contemplada dentro del procedimiento tributario respectivo, a la vez que de hipotéticamente ser requerida, y a su vez no ser atendida, dicha omisión no está considerada por la Ley como una solemnidad sustancial, como para que se declare la nulidad del fallo o de su expediente. En consecuencia se rechaza el cargo propuesto por el recurrente en este punto. e) Respecto a la causal cuarta esta Sala manifiesta que el Art. 3 de la Ley de Casación instituye:"... 4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis". Para explicar de mejor manera el alcance de la causal también citamos lo que manifiesta el Doctor Santiago Andrade en su libro la Casación Civil en el Ecuador, pág. 147: "La causal cuarta recoge los vicios de ultra petita y de extra petita, así como los de citra petita o minima petita. Constituye ultra petita cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de extra petita". El Doctor Santiago Andrade cita a Jorge Cardoso Icaza, Manual Práctico de Casación Civil , Bogotá, Temis, 1984, pág. 84 y manifiesta: " Se peca por defecto cuando se deja de resolver sobre alguna o algunas de las pretensiones de la demanda o sobre las excepciones, y ello da lugar a la citra petita, llamada también minima petita." f) El recurrente en su extenso recurso de casación establece de manera

muy general en el numeral III. 1.2 de su escrito que de todas las glosas por él impugnadas, el fallo de instancia solo resolvió de "manera superficial las glosas relacionadas con los reembolsos de gastos". Es criterio de esta Sala que respecto de la causal cuarta en la fundamentación del recurso deben precisarse los puntos de la litis que a criterio del legitimario no han sido resueltas, para que el Juez casacionista pueda fijar su actuación respecto al control de legalidad que debe realizar en virtud de esta causal. En el presente caso se debían identificar en el recurso "cada una" de las glosas que a su criterio no han sido abordadas en sentencia, omisión que no puede ser enderezada por este Tribunal. Por otra parte en el fallo recurrido se señala en el considerando duodécimo observado por el actor que: *"Cabe hacer mención, al hecho de que el actor dentro de cada cuenta que analiza, señala los motivos por los cuales no han sido aceptados por la Administración los valores glosados, para luego argumentar las razones que la empresa tiene para impugnar, no los valores sino el procedimiento administrativo, debiendo hacer hincapié que del análisis de la demanda se desprende que la parte actora en su libelo, efectivamente no impugna los valores determinados por la Administración Tributaria, tampoco realiza cálculo alguno sobre los tributos establecidos, ... al contrario lo que el actor hace, como se expresó anteriormente, es reconocer de manera taxativa la ausencia de documentación, como facturas y comprobantes legalmente autorizados e informes de los auditores independientes, pues frente a ello se hace referencia a los procedimientos contables adoptados por su representada, a las normas legales y a los principios contables que juzga son aplicables al caso, sin tomar en cuenta que para su cumplimiento, éstas se sujetan a la norma reglamentaria..."*. Esta decisión realizada por Tribunal Aquo dentro de su más amplio criterio de justicia y equidad; se considera que afecta a las glosas por las cuales el demandante instaura su accionar, por lo que no se observa que no se hayan abordado los puntos establecidos en la litis. -----

3.2.- De conformidad con el inciso segundo del Art. 273 del Código Tributario que establece la obligación de los jueces de realizar el respectivo control de legalidad dentro de sus sentencias y en aras de velar por el debido acatamiento de las resoluciones de carácter obligatorio de la Corte Nacional de Justicia se analiza lo siguiente: el Art. 90 del



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

Justicia que se ve

Recurso de Casación
N° 497-2010

VOTO SALVADO
DE LA DRA. MARITZA TATIANA PÉREZ VALENCIA

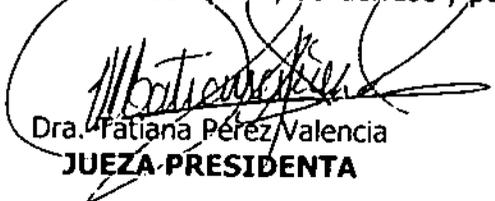
Código Tributario establece: "Art. 90.- *Determinación por el sujeto activo.- El sujeto activo establecerá la obligación tributaria, en todos los casos en que ejerza su potestad determinadora, conforme al artículo 68 de este Código, directa o presuntivamente.- La obligación tributaria así determinada causará un recargo del 20% sobre el principal.*" (El subrayado le pertenece a la Sala). Por su parte el Pleno de la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 4 de mayo de 2011 publicada en el Registro Oficial N° 471 de 16 de junio de 2011, dispuso: "Artículo 1: *Confirmar el criterio expuesto por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el Informe elaborado por dicha Sala, y en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho:.- 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.*" (El subrayado es de la Sala). Del estudio de la norma y resolución invocada y de la revisión del expediente de instancia, se observa que el Acta de Determinación N° 1720080100033 fue notificada el 25 de marzo de 2008, por la determinación del Impuesto a la Renta del Ejercicio Fiscal 2003, y que la orden de inicio de determinación N° RNO-ATPAOD2007-0021 fue notificada al contribuyente el 17 de abril de 2007, por lo que se observa que en el presente caso no le era aplicable el recargo establecido en el Art. 90 del Código Tributario. -----

IV.- DECISIÓN

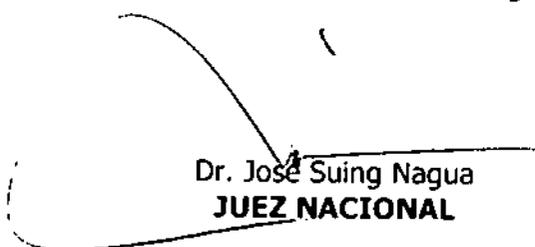
4.1.- Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, expide la siguiente: -----

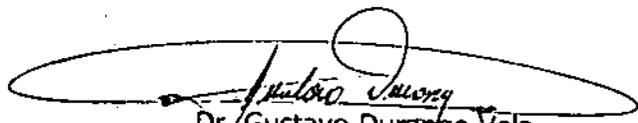
SENTENCIA

1. Se casa parcialmente la sentencia de instancia conforme el análisis realizado en el numeral 3.2 de la presente resolución. Notifíquese, devuélvase y publíquese.-----

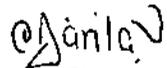

Dra. Tatiana Pérez Valencia
JUEZA PRESIDENTA

(V.S.)


Dr. José Suing Nagua
JUEZ NACIONAL


Dr. Gustavo Durango Vela
CONJUEZ NACIONAL

Certifico.-


Dra. Carmen Elena Dávila Yépez
SECRETARIA RELATORA ENCARGADA