

SENTENCIA CASO No. 11804-2019-00463

Quito, lunes 28 de noviembre del 2022, las 14h44, **VISTOS:** El abogado Jimmy Fabricio Morocho Pasaca, en calidad de Procurador Judicial del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, interpone recurso de casación en contra del fallo dictado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja, provincia de Loja, el 25 de febrero del 2021, las 11h00, dentro de la acción directa No. 11804-2019-00463. **PRIMERO: COMPETENCIA.-** La Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia es competente para conocer y resolver el recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador; 185 segunda parte numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, numeral 2 del artículos 201 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado por mandato de la Disposición Reformatoria Segunda número 4 del Código Orgánico General de Procesos. **SEGUNDO: DECISIÓN DE INSTANCIA.-** El fallo de instancia, acepta la demanda, declara la nulidad del oficio No. 1853-DRCU2019 de fecha 29 de octubre del 2019 suscrito por la Directora de Regulación y Control Urbano y por el abogado de Regulación y Control Urbano del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, en el que le han negado el reclamo de pago indebido a la actora; declara también la nulidad del título de crédito No. 5959144 de fecha 10 de julio del 2018, emitido a nombre de la actora por el valor de \$10,470.90 por concepto de “Tasa Porcentaje Área Verde Fracción”, por lo que se dispone la devolución de dicho valor a la actora por concepto de pago indebido. **TERCERO: PRESENTACIÓN DEL RECURSO.-** Con fecha 31 de marzo del 2021, las 11h48, el abogado Jimmy Fabricio Morocho Pasaca, en calidad de Procurador Judicial del Alcalde y del Procurador Síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Loja, interpone recurso de casación, mismo que es calificado, en auto de 01 de abril del 2021, las 11h54, en el término de los artículos 269 y 274 del Código Orgánico General de Procesos; para ante los Jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, competentes para conocer y resolver este recurso. **CUARTO: ADMISIÓN.-** Mediante auto de 20 de abril del 2022, las 10h05, el doctor Fernando Antonio Cohn Zurita, Conjuez de esta Sala, solicitó se aclara el recurso de casación interpuesto. En auto de 05 de mayo del 2022, las 09h46, el señor Conjuez declaró la admisibilidad parcial del recurso de casación, admitiendo el caso

quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el vicio de errónea interpretación del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COOTAD. **QUINTO: CONTESTACIÓN AL RECURSO.-** En escrito de 06 de junio del 2022, las 15h00, la abogada Estefany Cristina Cevallos Izquierdo, Procuradora Judicial de la señora Miriam del Cisne Valdivieso Bejarano, dio contestación al recurso de casación interpuesto por el GAD Municipal de Loja y solicitó se lo deseche. **SEXTO: INTEGRACIÓN TRIBUNAL JUZGADOR.-** Mediante sorteo de la causa realizado el 26 de agosto del 2022, las 11h30, se radicó la competencia en la Sala integrada por los doctores Gustavo Durango Vela, Juez Nacional (E); Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; y, José Suing Nagua, Juez Nacional, Ponente en la presente causa. Mediante Resolución No. 003-2021 de 26 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura dispuso dar cumplimiento al mandamiento de ejecución expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la causa No. 17811-2014-0463, ratificando la continuación en el ejercicio de funciones de los doctores José Suing Nagua y Gustavo Durango Vela, de Juez y Conjuez Nacionales, respectivamente; con Resolución No. 008-2021 de 28 de enero de 2021, el Pleno del Consejo de la Judicatura designó a la doctora Gilda Rosana Morales Ordóñez, Jueza Nacional; el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución No. 2 de 5 de febrero de 2021, integró la Sala de lo Contencioso Tributario con los doctores Rosana Morales Ordóñez y José Suing Nagua; mediante Oficio No. 92-P-CNJ-2021 de 12 de febrero de 2021, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, llamó a integrar la Sala al doctor Gustavo Durango Vela, en reemplazo de la doctora Ana María Crespo, avalado con la acción de personal No. 166-UATH-2021-2021-HB de 19 de febrero de 2021. **SÉPTIMO: VALIDEZ PROCESAL.-** No se observa del proceso ninguna circunstancia que puede afectar la validez procesal y no adolece de nulidad, por lo que se declara el proceso válido. **OCTAVO: AUDIENCIA.-** Mediante auto de 11 de noviembre del 2022, las 12h08, se convocó a las partes procesales para la audiencia de sustentación del recurso de casación para el día miércoles 23 de noviembre del 2022, las 15h00; en la que participaron la abogada Estefany Cristina Cevallos Izquierdo, delegada por el abogado Gonzalo Paz Tinitata, Procurador judicial de señora Miriam del Cisne Valdivieso Bejarano para intervenir en la audiencia; y el abogado Jimmy Fabricio Morocho Pasaca, calidad de Procurador Judicial del Alcalde y del Procurador Síndico del GAD Municipal de Loja, quienes intervinieron

argumentando en defensa de los intereses de sus representados, en los términos que obran de la grabación de la audiencia que se agrega en formato digital al proceso, en la que se da a conocer en forma oral la decisión adoptada sobre el recurso. **NOVENO: ERROR ALEGADO.-** El recurrente considera que el fallo incurre en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, por el vicio de errónea interpretación del artículo 424 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. **DÉCIMO: NORMA SEÑALADA COMO INFRINGIDA.-** La norma que el recurrente considera infringida es: **Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 424.- Área verde, comunitaria y vías.-** “En las subdivisiones y fraccionamientos sujetos o derivados de una autorización administrativa de urbanización, el urbanizador deberá realizar las obras de urbanización, habilitación de vías, áreas verdes y comunitarias, y dichas áreas deberán ser entregadas, por una sola vez, en forma de cesión gratuita y obligatoria al Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano como bienes de dominio y uso público. Se entregará como mínimo el quince por ciento (15%) calculado del área útil urbanizable del terreno o predio a urbanizar en calidad de áreas verdes y equipamiento comunitario, de acuerdo a lo establecido por la planificación municipal, destinando exclusivamente para áreas verdes al menos el cincuenta por ciento de la superficie entregada. Se exceptúan de esta entrega, las tierras rurales que se fraccionen con fines de partición hereditaria, donación o venta; siempre y cuando no se destinen para urbanización y lotización. La entrega de áreas verdes, comunitarias y de vías no excederá del treinta y cinco por ciento (35%) del área útil urbanizable del terreno o predio. En el caso de predios con una superficie inferior a tres mil metros cuadrados, la municipalidad o distrito metropolitano, podrá optar entre exigir la entrega del porcentaje establecido en los incisos previos de áreas verdes y equipamiento comunitario del área útil del terreno o su compensación en dinero según el avalúo catastral del porcentaje antes indicado, de conformidad con lo establecido en la ordenanza municipal correspondiente. Con estos recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, equipamiento comunitario y obras para su mejoramiento. En las áreas consolidadas, los bienes de dominio y uso público destinados a áreas verdes, podrán ser cambiados de categoría exclusivamente a favor de instituciones públicas para consolidar y construir equipamientos públicos de conformidad con lo que establezca en su normativa el Gobierno Autónomo Descentralizado. La institución pública

beneficiaria tendrá la obligación de compensar el equivalente al valor del bien que recibe, en base al avalúo realizado por el Gobierno Autónomo Descentralizado municipal o metropolitano.” **DÉCIMO PRIMERO: CONTENIDO DEL CASO QUINTO DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS:** “5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”¹ **DÉCIMO SEGUNDO: ARGUMENTOS DEL RECORRENTE POR EL VICIO ACUSADO.-** El recurrente manifiesta que en el considerando 7.7 del fallo recurrido el Tribunal A que interpreta erróneamente el artículo 424 del COOTAD, que establece la compensación de áreas verdes como una tasa tributaria que la institución exige por disposición legal. Que si se conceptualiza la compensación, se tiene que es la devolución de una deuda pendiente con una persona o empresa; según esta definición se encuentra frente a una situación totalmente diferente a lo que realmente determina la norma referida, que dispone que la compensación en dinero suple o reemplaza la entrega de área verde pública y que dicha compensación debe ser equivalente al valor monetario correspondiente al 15% del área útil urbanizable del terreno, según el avalúo catastral. Que la Sala incurre en considerar erróneamente que la compensación por las áreas verdes prevista en el artículo 424 del COOTAD, son tasas tributarias, cuando la misma disposición legal de la norma señala, que con los recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, equipamiento comunitario y obras para su mejoramiento, es decir, que los valores por la compensación que recibe la institución tienen como fin la adquisición de inmuebles que serán destinados a áreas verdes y equipamiento comunitario, y no del gasto corriente como así lo refiere el Código Tributario en su artículo 6, al determinar que el fin de ingresos se los utiliza como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional. Que la correcta interpretación de la norma referida era establecer que el pago por compensación de áreas verdes y de espacio comunal al no ser un tributo dentro de los que se encuentra previsto en el Código Tributario ni en las normativas seccionales, mal se podría considerar como un pago indebido. Que el

¹ Ecuador. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 mayo de 2015 - Última modificación 26 de junio de 2019, Código Orgánico General de Procesos: artículo 268 numeral 5.

alcance del inciso 4 del artículo 424 del COOTAD, es que el pago realizado por la accionante al tratarse de una facultad legal que poseen los Gobiernos Autónomos Descentralizados de exigir de forma potestativa entre el área verde o el pago por compensación de áreas verdes y espacio comunitario, por tanto, el pago por este concepto no constituye una tasa tributaria.

DÉCIMO TERCERO: ANÁLISIS DEL VICIO ALEGADO.- Esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, para resolver el problema jurídico planteado derivado del cuestionamiento al fallo de instancia, con fundamentos en el caso quinto del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos, admitido por el señor juez de la Sala, considera: **i.** La errónea interpretación *“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 ella, en su espíritu y alcances. Hay entonces insuficiencia del juicio o exceso al formularlo. El sentenciador acierta en la norma pero falla en su verdadero significado, alejándose de su espíritu y finalidad.”*² **”ii.** El recurrente acusa la errónea interpretación del artículo 424 del COOTAD porque el Tribunal considera que la compensación por las áreas verdes prevista en el artículo 424 del COOTAD, son tasas tributarias, cuando la misma disposición legal de la norma señala, que con esos recursos la municipalidad deberá crear un fondo para la adquisición de áreas verdes, equipamiento comunitario y obras para su mejoramiento; **iii.** En la sentencia, el Tribunal juzgador, luego de realizar un extenso y pormenorizado análisis sobre la temática en referencia, relacionada con la “TASA PORCENTAJE AREA VERDE FRACCION”, valor cobrado por la Administración Municipal, con base en el artículo 424 del COOTAD, concluye que no se ha evidenciado la existencia del hecho generador que de origen al nacimiento de la obligación tributaria, que el GAD de Loja ha cobrado de forma indebida; **iv.** Confrontado lo resuelto por el Tribunal, con el cuestionamiento que formula el recurrente, se advierte que el artículo 424 del COOTAD regula el área verde, comunitaria y vías en procesos de subdivisiones y fraccionamientos derivados de autorizaciones administrativas de urbanización; la misma norma prevé que en predios con superficie inferior a tres mil metros cuadrados, la municipalidad podrá optar por la entrega de los porcentajes previstos en la

² Tolosa Villabona, L.A.; *Teoría y Técnica de Casación ibídem.*, pp. 361.

norma o su compensación en dinero, de acuerdo con lo establecido en la ordenanza correspondiente; v. El Tribunal también establece que la Administración municipal no ha demostrado que haya expedido la ordenanza que regula este mecanismo de compensación, condición legalmente necesaria para que proceda la compensación pretendida por la Administración municipal; vi. La referida compensación es un mecanismo alternativo de cumplimiento de una obligación legal que corresponde a los propietarios de predios que obtienen la autorización de subdivisión o fraccionamiento, dentro de procesos de urbanización, no de cualquier fraccionamiento o subdivisión, por lo que la subdivisión de un predio en dos lotes, como el caso en análisis, no puede generar la consecuencia que pretende la administración municipal, porque dicha subdivisión no tiene como destino un proceso de urbanización, más allá de que en el expediente no consta que haya expedido la Ordenanza que regule la aplicación de dicho mecanismo alternativo; vii. La referida compensación, que no es de naturaleza tributaria, no puede ser asimilada a tasa, pues no se genera ni la prestación de un servicio ni el uso de un bien que habilitaría su creación y cobro, competencia que no está en discusión que corresponde a los gobiernos municipales; viii. Llama la atención que la Administración municipal pretenda ahora beneficiarse de sus propios errores, pues el concepto por el que ha emitido el título de crédito y ha cobrado los valores reclamados como indebidos por la actora, lo denomina “TASA PORCENTAJE AREA VERDE FRACCIÓN”, sin que haya presentado a conocimiento del Tribunal de instancia, la norma que regule su aplicación, conforme la exigencia del artículo 424, acusado de errónea interpretación, por lo que mal puede pretender beneficiarse de sus propios errores y omisiones; ix. Con los argumentos referidos, el yerro en la interpretación de la norma no puede perjudicar a la ciudadana que ha sido obligada, de forma equivocada, a cubrir una obligación que no tiene sustento normativo suficiente, conforme la exigencia del propio artículo 424 del COOTAD; x. En los términos expuestos se resuelve el recurso interpuesto, modificando los argumentos en cuanto a la interpretación del contenido y alcance del artículo 424 del COOTAD, respecto a la opción de compensación, por subdivisión y fraccionamiento, que no se tratan de valores de naturaleza tributaria, sin que ello modifique la decisión del Tribunal de instancia. Se recomienda a los Tribunales mixtos, contencioso administrativo y contencioso tributario, realizar un adecuado análisis de los temas litigiosos, para sustanciar las acciones según la materia que corresponda, desde el inicio del procedimiento. **DÉCIMO CUARTO.-** Por las

consideraciones antes referidas, esta Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelve **CASAR** el fallo impugnado en cuanto a la motivación, en los términos expuestos, sin modificar la decisión final. Sin costas.- Notifíquese, Publíquese y Devuélvase.-