PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

"PRINCIPIO DE ESENCIA SOBRE LA FORMA EN GLOSAS POR SUBCAPITALIZACIÓN"

ANDREA PAULINA GUERRA JAYA

DIRECTOR: CARLOS PONTÓN CEVALLOS

QUITO, NOVIEMBRE 2014

Quito, 25 de septiembre de 2014

Señora Doctora
Ivette Haboud
Secretaria de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Presente.

Señora Secretaria:

En atención a su Oficio por el cual me informa de mi designación como Profesora Informante de la disertación previo a la obtención del título de Abogada, presentada por la Srta. Andrea Paulina Guerra Jaya que tiene por título "´Principio de Esencia sobre la Forma en Glosas por Subcapitalización" me permito presentar el Informe requerido, en los siguientes términos:

La estudiante analiza con bastante profundidad y con un importante sustento teórico, el principio de realidad económica o de sustancia sobre la forma, y su aplicación en el ámbito tributario, como un método de interpretación de las normas. Se refiere al contenido de este principio no sólo desde la perspectiva jurídica, sino que alude además a las normas contables y los principios generalmente aceptados.

A continuación la estudiante se introduce en el estudio de la figura de la subcapitalización, su naturaleza jurídica, los métodos para contrarrestarla, y el tratamiento que esta figura recibe en el Ecuador específicamente en lo que atañe a dividendos e intereses. De forma breve alude a la legislación relacionada con precios de transferencia.

En el Capítulo II de su tesina, la estudiante se refiere a los criterios que ha esgrimido la Administración Tributaria ecuatoriana en relación con la figura de la subcapitalización, y a la forma específica en que el principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma ha servido a la Administración para combatir la subcapitalización en casos específicos. La estudiante analiza los casos de SINOPEC y SCHLUMBERGER SURENCO, que quizás son dos de los más paradigmáticos eventos en los que el SRI ha empleado el principio contenido en el art. 17 del Código Tributario, para desconocer la forma jurídica y glosar a las compañías por, en esencia, haber incurrido en supuestos de subcapitalización al pagar intereses al exterior.

La alumna ha abordado con suficiente profundidad y con el auxilio de distintas fuentes, el estudio de un tema complejo y técnico como es el de la subcapitalización, a la luz de dos casos prácticos que tienen diversas aristas y sus propias dificultades.

Existe pasajes de la tesis en la que la estudiante debe tener mayor prolijidad al momento de realizar las citas, a efectos de diferenciar debidamente entre su aporte personal y lo

que fue objeto de argumentos de defensa de las compañías cuyos casos se analizan dentro de la tesina. Existen así mismo algunos errores ortográficos y gramaticales que deberá enmendar, únicamente para efectos de que el trabajo mantenga no sólo calidad en lo sustancial, sino también en su presentación y forma.

Debido a que el estudio reúne las características necesarias de un trabajo previo a la obtención del título de abogado; constituye un esfuerzo de investigación serio y novedoso; y en general, ha sido elaborado con seriedad, honestidad intelectual y un lenguaje y orden adecuados, califico al mismo con una nota de DIEZ SOBRE DIEZ (10/10).

Con mis sentimientos de estima y consideración.

Atentamente,

Carmen Amalia Simone Lasso
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD

Quito, 24 de noviembre de 2014

Dr. Santiago Guarderas Izquierdo

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA. PUCE.

Presente.-

De mi consideración:

En atención al Oficio No. 354-SJG-14, de 16 de septiembre de 2014, por medio del presente emito el informe sobre la Disertación intitulada "PRINCIPIO DE ESENCIA SOBRE LA FORMA EN GLOSAS POR SUBCAPITALIZACIÓN", elaborada por la Srta. Andrea Guerra Jaya, dentro del trámite para la obtención del título de Abogada, en los siguientes términos:

La disertación se ha desarrollado sobre un acertado planteamiento y un interesante esquema de investigación, que parte de contextualizar los contenidos a tratarse , desarrollar el asunto específico, e ilustrar lo propuesto con análisis de dos casos concretos.

Es de gran mérito haber abordado un tema de gran actualidad, con poco desarrollo conceptual en lo nacional, y respecto del cual parecería existir una insuficiencia normativa en nuestro medio. Lo desarrollado constituye un importante aporte didáctico para comprender el tema de la subcapitalización.

Si bien la autora revela un criterio restrictivo sobre las facultades de la administración tributaria, y limitativo respecto de la prevalencia del interés público sobre el interés privado, considero que si desarrolla las posiciones defendidas por la Administración como por las empresas.

El trabajo está sustentado en un sólido estudio conceptual y normativo, con importante base bibliográfica, y un serio estudio de dos casos, por lo que creo habilita a su autora para continuar el proceso de culminación de su carrera.

Calificación 9/10 (nueve sobre diez)

Atentamente,

Dr. Felipe Iturralde Dávalos

PROFESOR INSTITUCIONES DEL DERECHO TRIBUTARIO

ABSTRACT

En un mundo globalizado que crece a pasos agigantados es inevitable que las relaciones comerciales entre compañías crezcan, estableciéndose así las llamadas empresas transnacionales, compañías que buscan posicionamiento en el mercado y expandir sus horizontes comerciales siendo una consecuencia directa de la misma el establecimiento de sucursales en diferentes países.

Dentro del primer capítulo se realiza un estudio detenido del principio de esencia sobre la forma o de la realidad económica, así como la interpretación de las normas tributarias bajo este principio; ampliando su concepto desde un punto de vista doctrinario en donde se analiza sus antecedentes históricos.

Posteriormente el capítulo segundo engloba toda la descripción doctrinaria de la subcapitalización o infracapitalización, describiendo como varios autores exponen las clases que existen, los elementos que llevan a configurar una operación como subcapitalización y los métodos que existen para determinarla.

Finalmente en el último capítulo se hace un análisis una vez que ya se ha estudiado los conceptos del principio de esencia sobre la forma y la subcapitalización y se los aplica a los criterios establecidos por la Administración Tributaria en sus glosas durante los procesos de determinación.

El presente trabajo tiene como propósito analizar principalmente la figura de la subcapitalización o infracapitalización como es también conocida y el principio de esencia sobre la forma o realidad económica y realizar un análisis en conjunto con los criterios manifestados por la Administración Tributaria al encuadrar a los créditos del exterior celebrados entre partes relacionadas como un caso en que simulando un acto jurídico se pretende adjudicar beneficios fiscales como la deducción de los intereses, evitando así dar el tratamiento que en realidad se debería aplicar es decir un aporte de capital, como en el caso de la subcapitalización.

DEDICATORIA

A mis Papis por ser las personas que han hecho todo en la vida para que yo pudiera lograr mis sueños, por su amor y apoyo incondicional, a ustedes por siempre mi corazón y mi agradecimiento.

A Pino, Emi y Maxi mis personas favoritas en la vida y fuente eterna de mi felicidad.

A Leo por ser mi amor y mi complemento.

A mis mejores amigos Luis, Francis, Caro y Marigu por su amistad y apoyo en mi vida.

Al Doctor Carlos Pontón por dirigir el presente trabajo e impartirme su conocimiento.

I. INTRODUCCIÓN 4

CAPÍTULO PRIMERO 6

II. Principio de esencia sobre la forma o realidad económica: Definición y nociones básicas 6

A. Principio de la Realidad económica aplicado a impuestos económicos 7

B. Simulación de los actos jurídicos en el principio de la realidad económica 7

C. Tratamiento en el Derecho tributario ecuatoriano 9

D. Definición según el Código Tributario 10

E. Método de interpretación en el Derecho Tributario 11

1. Método literal 11

2. Método lógico 11

3. Método sistemático 12

4. In dubio contra Fiscum o In dubio pro contribuyente 13

5. In dubio pro fiscum 14

F. Interpretación de las normas tributarias ecuatorianas bajo el principio de la realidad económica 14

1. Antecedentes históricos 14

2. Principio de la Realidad Económica o Sustancia sobre la forma 15

3. La interpretación según la realidad económica en el país 18

G. Definición contable 18

H. Contenido dentro de los principios contables generalmente aceptados 19

I. Normas ecuatorianas de contabilidad 20

III. Subcapitalización o infracapitalización; definición, naturaleza jurídica, métodos para determinarla y el tratamiento de dividendos e intereses en la normativa ecuatoriana. 22

A. Concepto 23

B. Requisitos para que se configure la subcapitalización 26

C. Clases de subcapitalización: 32

D. Métodos de la OCDE para contrarrestar la subcapitalización 35

1. Método Subjetivo: 35

2. Método Objetivo 35

E. La subcapitalización en el Ecuador 37

F. Tratamiento jurídico de dividendos e intereses en la legislación ecuatoriana 40

G. Tratamiento de Intereses por créditos externos 42

H. Tratamiento de Dividendos distribuidos a personas naturales y jurídicas 45

I. Legislación sobre Precios de Transferencia y Partes Relacionadas en la Legislación ecuatoriana 46

1. Régimen de Precios de Transferencia en el Ecuador 47

2. Últimas reformas 51

3. Facultad Determinadora de Precios de Transferencia 51

4. Exenciones 52

IV. Criterios de la Administración Tributaria y el principio de esencia sobre la forma en Glosas por Subcapitalización 53

A. Deducibilidad de intereses por créditos externos en la normativa ecuatoriana 54

1. Tratamiento retención en la fuente por pagos al exterior 57

2. Tratamiento del pago de intereses al exterior en aplicación de los convenios para evitar la doble imposición 58

B. Conceptos de Subcapitalización utilizados por la Administración Tributaria dentro de las glosas determinadas. 63

1. SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE DEL ECUADOR S.A. ...64

a) Antecedentes 64

b) Análisis del caso 65

c) Glosa Respecto a Intereses al exterior por pago de Importaciones y Préstamos ...65

d) Criterios de la Administración Tributaria 71

e) Argumentos presentados por parte de la compañía 72

f) Cambio de criterio por parte de la Administración Tributaria en la Resolución que atiende el Reclamo Administrativo 78

(1) Nuevo criterio de la Administración Tributaria 78

(2) Argumentos de la compañía sobre el nuevo criterio 83

2. SCHLUMBERGER SURENCO S.A. 94

a) Antecedentes 94

b) Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 95

(1) Análisis del caso 95

(2) Criterios manifestados por la Administración Tributaria 96

(3) Argumentos manifestados por la compañía 98

(4) Criterios emitidos en la Sentencia por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1. 99

c) Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia 104

(1) Análisis del Principio de Esencia sobre la Forma en las Glosas por Subcapitalización 106

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....110
VI. BIBLIOGRAFÍA.....113
VII. ANEXOS

I. INTRODUCCIÓN

Hace menos de una década en nuestro país se empezó a hablar del fenómeno de la subcapitalización, a raíz de que la Administración Tributaria estableciera glosas que objetaban y desconocían la deducción de los intereses pagados en créditos del exterior otorgados por partes relacionadas y principalmente por casas matrices.

En un mundo globalizado que crece a pasos agigantados es inevitable que las relaciones comerciales entre compañías crezcan, estableciéndose así las llamadas empresas transnacionales, compañías que buscan posicionamiento en el mercado y expandir sus horizontes comerciales siendo una consecuencia directa de la misma el establecimiento de sucursales en diferentes países.

En apego a lo expuesto en el párrafo anterior, vale mencionar que la subcapitalización nace como consecuencia del endeudamiento o, en otras palabras, del crédito pactado con empresas del mismo grupo empresarial, es decir lo que bajo nuestra legislación ecuatoriana se conoce como partes relacionadas.

Dentro del primer capítulo se realiza un estudio detenido del principio de esencia sobre la forma o de la realidad económica, así como la interpretación de las normas tributarias bajo este principio; ampliando su concepto desde un punto de vista doctrinario en donde se analiza sus antecedentes históricos.

De manera puntual se hace referencia al contenido del mencionado principio en las normas contables ya que en cuanto a las normas tributarias únicamente se encuentra contenido el mismo en el artículo 17 del Código Tributario, como se observará en tal capítulo el mismo contiene una descripción pormenorizada del estudio del principio de esencia sobre la forma para poder posteriormente analizarlo dentro de la figura de subcapitalización.

Posteriormente el capítulo segundo engloba toda la descripción doctrinaria de la subcapitalización o infracapitalización, describiendo cómo varios autores exponen las clases que existen, los elementos que llevan a configurar una operación como subcapitalización y los métodos que existen para determinarla.

En el marco de la legislación ecuatoriana se describe las normas que se podrían asemejar a la regulación de la subcapitalización y de una manera escueta; al no existir

normativa amplia y puntual que la defina y describa sus elementos, es por ello que en apego de la subcapitalización se ha citado la normativa tributaria ecuatoriana que detalla el tratamiento que se le da a los intereses así como a los dividendos en el país.

Finalmente en el último capítulo se hace un análisis una vez que ya se ha estudiado los conceptos del principio de esencia sobre la forma y la subcapitalización y se los aplica a los criterios establecidos por la Administración Tributaria en sus glosas durante los procesos de determinación.

Para este análisis se ha expuesto y estudiado dos casos que han sido glosados y que sobre el último caso ya existe un pronunciamiento por parte de la Corte Nacional de Justicia: el primero es el proceso de la compañía SINOPEC INTERNATIOTAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006 y el segundo caso de la compañía SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR por concepto de Impuesto a la Renta de los ejercicios fiscales 2001 y 2002.

El capítulo culmina con un análisis del principio de esencia sobre la forma y sobre las facultades de la Administración Tributaria en apego a los principios de legalidad y de reserva de Ley sobre los límites que tiene la misma para interpretar el Artículo 17 del Código Tributario y encasillar a las transacciones en casos de subcapitalización.

El presente trabajo tiene como propósito analizar principalmente la figura de la subcapitalización o infracapitalización como es también conocida y el principio de esencia sobre la forma o realidad económica y realizar un análisis en conjunto con los criterios manifestados por la Administración Tributaria al encuadrar a los créditos del exterior celebrados entre partes relacionadas como un caso en que simulando un acto jurídico se pretende adjudicar beneficios fiscales como la deducción de los intereses, evitando así dar el tratamiento que en realidad se debería aplicar es decir un aporte de capital, como en el caso de la subcapitalización.

CAPÍTULO PRIMERO

II. Principio de esencia sobre la forma o realidad económica: Definición y nociones básicas

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analizará la información referente al principio conocido como E*sencia sobre la forma o realidad económica*, partiendo de su breve mención dentro de la normativa tributaria ecuatoriana, para posteriormente ser analizado desde el punto de vista jurídico según lo que disponen varios tratadistas dentro de la doctrina tributaria y, de igual manera, bajo lo que pregonan las normas contables de una manera más puntual.

El análisis empieza con una breve descripción sobre como dicho principio se encuentra acogido, de manera escueta, dentro de nuestra legislación tributaria al existir únicamente un artículo donde se hace referencia a la sustancia sobre la forma dentro de las operaciones realizadas por los contribuyentes.

Por otro lado también se detalla la relación de los métodos de interpretación de las normas tributarias con la realidad económica ampliando su concepto desde un punto de vista doctrinario en donde se analiza sus antecedentes históricos, cómo lo conciben varios tratadistas tributarios y su aplicación dentro de la interpretación de normas en nuestro país.

Como último aspecto se ha definido desde la óptica contable cómo estas normas recogen dicho principio para lo cual se ha enunciado el contenido dentro de los Principios Contables generalmente aceptados, las Normas Ecuatorianas de Contabilidad (NEC), que a pesar de que ya fueron sustituidas es importante partir de lo que estas señalan en cuanto a dicho principio a modo de referencia y, por último lo que disponen las Normas Internacionales de Información Financieras (NIIF),que rigen actualmente dentro del ámbito contable.

El objetivo del presente capítulo es tener claro qué es el principio de la realidad económica y su aplicación dentro de la interpretación de las normas tributarias así como en el ámbito contable, para posteriormente poder analizarlo en conjunto con el concepto de subcapitalización que se verá en el capítulo siguiente.

A. Principio de la Realidad económica aplicado a impuestos económicos

Para empezar a estudiar el principio de la realidad económica, también conocido como de esencia sobre la forma, es relevante establecer a qué tipo de impuesto se aplica dicho principio para su interpretación, ya que su relevancia radica en los impuestos cuyo hecho generador es eminentemente económico, como por ejemplo el Impuesto a la renta.

Según el profesor Griziotti *las normas financieras, entre ellas, las tributarias deben interpretarse en su totalidad, es decir como un cuerpo unificado incluyendo los aspectos político, económico, jurídico y técnico, este conlleva a interpretar la ley considerando la capacidad contributiva que se pretende incidir para la adecuada interpretación de la ley.*[1]

En otras palabras, Griziotti considera que para la interpretación de las leyes tributarias y financieras es primordial la interpretación del elemento económico.

También es importante contemplar lo que resalta Benvenuto Grizzioti, citado por Fernando Sainz de Bujanda, que expone sobre el derecho económico: *La consideración del hecho económico es fundamental en el estudio del Derecho financiero, porque el impuesto ha de referirse a un elemento fáctico de evidente naturaleza económica (renta, patrimonio, transferencia de riqueza) que es expresión de capacidad contributiva y no de una abstracción jurídica.*[2]

B. Simulación de los actos jurídicos en el principio de la realidad económica

Dentro del estudio del principio de esencia sobre la forma, que se estudia detenidamente adelante, se establece que dentro del mismo la simulación de los actos jurídicos es un presupuesto del mismo y que juega un papel fundamental al establecerse incluso que en caso de conflicto prevalecerá la esencia a la forma jurídica adoptada a determinada operación o transacción.

Es por ello que, aunque de manera escueta, describo a continuación para tenerla presente como un elemento importante dentro del presente principio.

---

[1] http://www.econlink.com.ar/richardamaro/interpretacion-ley-tributaria
[2] http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=638&Itemid=120

En apego a la simulación Michel Ambrosio establece que

> ...es interesante que la simulación pueda ser absoluta o relativa, si no existe nada de cierto o algo de cierto en el acto o contrato que en apariencia lleva a cabo el contribuyente; en lo que atañe al delito fiscal que se comenta, lo importante no es si estamos en presencia de una total o parcial simulación, sino que lo aparentado o lo falso, sea el todo o una parte, genere una omisión total o parcial de contribuciones con el perjuicio al Fisco Federal que dicha omisión supone[3].
>
> En lo que se refiere al elemento que consiste en la obtención de un beneficio. Aparece en este caso de una manera expresa, aunque de no haberse contenido la mención en esta fracción, de todas maneras es una de las partes constitutivas del ilícito, en tanto que la simple simulación no es por sí misma delictiva sino el que provoque un monto defraudado o, dicho de otra manera, un perjuicio a la Hacienda Pública Federal.
>
> Existe beneficio indebido en tanto el contribuyente no paga o paga menos. En comparación con las contribuciones que hubiera cubierto de no haberse realizado la simulación; también, cuando obtiene una devolución o cualquier otro beneficio que impacte en el pago de contribuciones. El beneficio a que se refiere este precepto necesariamente es patrimonial, es decir, impacta de manera positiva en el patrimonio de la persona física o moral del contribuyente y de manera negativa en el patrimonio del Estado.[4]

En lo que respecta al principio de la realidad económica es relevante la simulación puesto que las operaciones realizadas por el contribuyente pueden ser disfrazadas bajo formas jurídicas que buscan beneficiarse de cargas impositivas, sin embargo en prevalencia del principio es donde se deberá analizar si dichas transacciones carecen o no de sustancia económica que avale la figura jurídica empleada, de no ser así entonces se podría establecer como un caso de simulación que, como ya se ha expuesto, sin

---

[3] Michel Ambrosio, *Defraudación Fiscal,* Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, 2008, pp. 72 y 73.
[4] Idem.

embargo, deberá probarse que evidentemente existe un beneficio indebido por no pagar o a su vez pagar menos de lo debido perjudicando a las arcas fiscales.

C. Tratamiento en el Derecho tributario ecuatoriano

Si se parte del concepto del principio de la realidad económica que en el diccionario económico se lo define como

> La esencia sobre la forma es un principio contable por medio del cual el reflejo de la sustancia económica debe prevalecer en el reconocimiento contable con el fin de incorporar los efectos derivados de las transacciones, transformaciones internas y otros eventos que afectan económicamente a una entidad, de acuerdo con su realidad económica y no sólo con su forma jurídica, aun cuando una y otra no coincidan. Debe otorgarse, en consecuencia, prioridad al fondo o sustancia económica sobre la forma legal.
>
> Ello es debido a que la forma legal de una operación puede tener una apariencia diferente al auténtico fondo económico de la misma y, en consecuencia, no reflejar adecuadamente su incidencia en la situación económico-financiera. Por ende, las formalidades jurídicas deben analizarse en un contexto adecuado, a la luz de la sustancia económica, a fin de que no la tergiversen y con ello distorsionen el reconocimiento contable.[5]

Si nos remontamos a los antecedentes del principio de la realidad económica, materia de este capítulo, se encuentra que ya se lo concebía dentro de la Ordenanza Tributaria Alemana de 1919, en cuanto a la importancia y significado económico de las normas fiscales cuando se las va a interpretar, lo cual al cotejar con nuestro artículo 13 del Código Tributario encontramos que este detalla en cuanto a la interpretación de las leyes y establece que se tendrá en cuenta los fines y la significación económica.

Es por ello que algunos autores, como es el caso del tratadista Dino Jarach, manifiestan que en resumidas cuentas, *la autonomía dogmática del derecho impositivo tiene por consecuencia que el impuesto debe ser aplicado a la relación económica prescindiendo de las formas jurídicas toda vez que éstas sean inadecuadas para aquella, exista o no la*

[5] http://187.174.253.10/Biblionetica/diccionario/diccs/sustancia_economica.htm

intención de evadir el impuesto y sea este criterio favorable al Fisco o al contribuyente (...)[6]

En ciertos países de Latinoamérica y principalmente en el nuestro lo referente al mencionado principio se encuentra plasmado en normas que se derivan del Modelo de Código Tributario para la América Latina, es por ello que lo que manifiesta el Artículo 8 de tal Modelo es lo que se dispone en el artículo 17 de nuestro Código Tributario, tal como lo veremos más adelante.

D. Definición según el Código Tributario

Dentro de las leyes ecuatorianas no se hace mayor referencia al principio de esencia sobre la forma o realidad económica, como también es conocido, únicamente se lo menciona de manera breve en el artículo 17 del Código Tributario el mismo que manifiesta:

> Art. 17.- *Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.*
>
> ***Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.***[7]

Expresamente como se manifiesta en este artículo la esencia sobre la forma detalla que las situaciones o relaciones económicas serán las que deberán prevalecer, incluso, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

La norma cita dos supuestos en referencia al hecho generador: por un lado este es calificado en cuanto al concepto jurídico y por el otro se califica en cuanto a conceptos económicos.

---

[6] Dino Jarach, *El Hecho Imponible*. Abeledo-Perrot, p. 144
[7] Artículo 17 Código Tributario Ecuatoriano.

En cuanto al último supuesto, es decir que el hecho generador sea calificado en cuanto a la realidad económica es decir que se deberá tomar en cuenta las condiciones económicas que surjan.

E. Método de interpretación en el Derecho Tributario

Dentro del Derecho Tributario se ha recurrido a ciertos métodos para la interpretación de sus normas; a continuación se analizará brevemente los métodos tradicionales de interpretación haciendo énfasis, principalmente, en la interpretación de las normas según la realidad económica.

1. *Método literal*

Tal como lo describe la tratadista Catalina García *este método se limita a la interpretación estricta o declarativa del alcance manifiesto e indubitable de las palabras empleadas en las normas jurídicas, sin restringir ni ampliar su alcance.*

A efecto, recurre al análisis de los términos normativos por medio del estudio gramatical, etimológico, de sinonimia, etc.[8]

Así por su parte Antonio Jiménez González corrobora lo expuesto anteriormente y detalla que dicho método *consiste en desentrañar el significado de las palabras a través de las cuales se manifiesta la voluntad del legislador, por tanto se considera a la ley como una serie de vocablos mismos a los que somete a análisis en los términos de las reglas gramaticales.*[9]

2. Método lógico

Por su parte el método lógico procura establecer el espíritu de la ley o la *ratio legis*, *es decir, qué quiso decir el legislador. Por consiguiente, hay que investigar sus propósitos y fines (no la intención subjetiva de tal o cual miembro del Parlamento o Congreso, sino la intención objetiva que surge del contexto de la ley, este es, de los trabajos previos, el mensaje con que se acompañó el proyecto, la discusión parlamentaria, etc.), a más de sus relaciones con el resto del ordenamiento jurídico.*[10]

---

[8]Catalina García Vizcaíno, *Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas.* Tomo I. p. 170
[9]Antonio Jiménez González, *Lecciones de Derecho Tributario.* Thomson. p.164 y 165
[10]Catalina García Vizcaíno, *Derecho Tributario.* Consideraciones económicas y jurídicas. Tomo I. p. 172

> La finalidad del método de interpretación lógico-conceptual o histórico estriba en descubrir el espíritu de la ley, para controlar, completar, restringir o extender su letra; por lo tanto debe buscarse en la exposición de motivos que dieron origen a esa norma las razones, las circunstancias o motivos que sirvieron de sustento para su creación. En otras palabras este método persigue descubrir su significado conceptual de una ley desde un punto de vista eminentemente lógico, para desentrañar su naturaleza intrínseca y filosófica del concepto jurídico de que se trate.[11]

3. Método sistemático

> El Método Sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente; que, por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema; principios y consiguiente significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con nitidez del contenido de otras normas del sistema.[12]

El método sistemático, Latapí (1999, p.59) señala que es también denominado 'método de interpretación armónico' y es sumamente utilizado al igual que el de *contrario sensum*, este método toma en cuenta el marco jurídico como una unidad e interpreta cualquier disposición a la luz del articulo analizado; pero en armonía con otros.

> Sergio Francisco de la Garza citado por Sánchez Gómez (2010, p.67), manifiesta que este método pone en relación la norma interpretada con todo el conjunto de disposiciones jurídicas que constituyen el todo del cual aquella forma parte. El Tribunal Fiscal de la Federación (TFF) ha resuelto que los preceptos de una legislación deben interpretarse principalmente en el sentido de que no se contradigan, que un precepto debe ser interpretado en relación con los demás de la misma ley, y que no debe olvidarse el principio de

[11] http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/eal/tecnicas_interpretacion_fical.html
[12] http://www.consultame.co/index.php?option=com_content&view=article&id=105:hermeneutica-tributaria

hermenéutica jurídica que dispone que las normas de una ley deben interpretarse armónicamente.[13]

4. In dubio contra Fiscum o In dubio pro contribuyente

Para el jurisconsulto Manuel Luciano Hallivis Pelayo dicho método *consiste en que en caso de duda se debe interpretar en beneficio del contribuyente*. Para explicar este criterio, Vanoni dice que en el mundo antiguo el impuesto *encuentra sus orígenes en la sujeción política*, donde el vencedor *adquiría poder de la vida y muerte sobre el vencido* y debía pagar prestaciones a favor del Estado o grupo más fuerte, por lo cual se identificó a los tributos como contrarios a la libertad y al tener connotación del vasallaje, resultaban odiosos y se rechazaban.

Ante esto y la voracidad de quienes recaudaban, surge *in dubio contra fiscum*, fundado en el célebre texto del jurisconsulto romano Modestino del Digesto

> *non puto delinquereeumqui in dubiisquaestioribus contra fiscumfacileresponderit, no puedo apreciar al que delinque aquel que, en caso de duda adopta una interpretación que sea favorable al contribuyente*. Como era muy difícil que los súbditos se opusieran a la autoridad del empleador, el medio que se encontró para limitar el alcance de los impuestos fue a través de las opiniones de los jurisconsultos.
>
> Posteriormente, fue una elaboración científica por parte de los postglosadores, quienes en su estudio del derecho romano, buscaron protección para la economía de los súbditos. Por último, en la Francia de los siglos XVIII y XIX, se desarrolla la idea de que las leyes tributarias deben interpretarse en forma restrictiva, para atribuirles un alcance más limitado y con ello defender las libertades de los ciudadanos. Se justifica esta postura con una concepción contractualista que establece que, en caso de duda, las cláusulas de los contratos se interpretan en contra de quien lo redactó y como en este caso el Estado es el que redacta las normas tributarias, se debe optar por el resultado que le sea más favorable al contribuyente. En la actualidad tiene carácter residual en el derecho procesal y funciona como una regla para determinar la

[13] http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/eal/tecnicas_interpretacion_fical.html

carga de la prueba, de forma que para poder cobrar un impuesto, el Fisco debe demostrar la existencia del hecho imponible.[14]

5. In dubio pro fiscum

La interpretación de las leyes tributarias a favor del fisco tiene sus antecedentes también en Roma, cuando los Emperadores instruían a los jueces a resolver las causas a favor del fisco en casos dudosos.

La frase de Modestino mencionada anteriormente ('No puedo apreciar que delinca aquel que, en caso de duda, adopta una interpretación que sea favorable al contribuyente') tenía la explicación de que sí bien el ciudadano no cometía delito, existía una norma o premisa por la cual el que cometía delito era el juez que no fallase a favor del fisco por culpa o dolo. Modernamente se ha sostenido que dicho criterio se fundamenta en que el Estado no establece impuestos para enriquecerse sino para cumplir sus fines. Que si los fondos no los obtiene de un contribuyente deberá conseguirlos de otro. Así una exención significa que alguien distinto deberá ingresar el monto del tributo exento mediante un nuevo gravamen. Si el juez favorece a un contribuyente terminará perjudicando a otro. Por ello el juez no debe actuar sino secundando el espíritu recaudador de la ley.

Las críticas a esta posición son por demás obvias, ya que salta a las claras que se desvirtúa totalmente la función del juez.[15]

F. Interpretación de las normas tributarias ecuatorianas bajo el principio de la realidad económica

1. Antecedentes históricos

La interpretación según la realidad económica *tiene su origen en Alemania. Ante la elusiva actitud de ciertos juristas alemanes que utilizaban figuras del Derecho civil*

[14] Manuel Luciano Hallivis Pelayo, *Interpretación en Materia Tributaria.* pp. 83 y 84.
[15] Cecilia Miodini, *La interpretación de las normas tributarias.* Universidad Nacional del Mar de la Plata. pp. 11 y 12.

para aminorar sus pagos tributarios, en 1919 se encomendó a Enno Becker la redacción de una ordenanza tributaria para combatir la defraudación fiscal.[16]

> El tema surgió con ocasión de la exégesis del artículo 4° de la Ordenanza antes citada, que remite la importancia o significación económica de las leyes fiscales, a la hora de proceder a su interpretación...", norma que textualmente contemplaba: "*En la interpretación de las leyes tributarias debe tenerse en cuenta su finalidad, su significado económico y el desarrollo de las circunstancias*", y que guarda similitud con el primer inciso del artículo 13 de nuestro Código Tributario.[17]

Ezio Vanoni cita el informe presentado por el Gobierno Alemán al Parlamento con ocasión de la fundamentación del proyecto del referido Ordenamiento, en el que se indicó que *particularmente en las leyes impositivas es esencial que se tenga convenientemente en cuenta el nexo de la Ley con la economía nacional y el fin que debe alcanzarse con la Ley. Incluso debe tenerse en cuenta el cambio de los conceptos dominantes en el transcurso del tiempo si no se quiere incurrir continuamente en el momento de aplicación de la ley en contradicciones con la opinión general.*[18]

Como se ha recogido en líneas anteriores, Enno Becker siendo el autor del proyecto detallaba que la disposición contenida en el artículo 4 de la Ordenanza Tributaria no pretendía que el juez vaya más allá de la ley como ocurría en otras legislaciones donde el juez podía suplir al legislador creando derecho en el caso de lagunas legales.

2. Principio de la Realidad Económica o Sustancia sobre la forma

En el Ecuador, al igual que en varios países de América, tanto la realidad económica como la referida calificación de los hechos generadores de tributos consta en normas que se derivaron del Modelo de Código Tributario para la América Latina; resaltamos el comentario incluido por la Comisión Redactora (integrada por los profesores Dr. Carlos María Giuliani Fonrouge, Dr. Rubens Gomes de Souza y Dr. Ramón Valdés

---

[16]Eusebio González García, *La interpretación de las normas tributarias.* Aranzandi. Navarra: 1997, p.65.
[17]Efrén Minuche Zambrano, *El principio de "Realidad Económica" en el Derecho Tributario.* pp. 360 y361
[18]Ezio Vanoni, *Naturaleza e Interpretación de las Leyes Tributarias*, Madrid 1961, p. 235

Costa) al artículo 8 de dicho Modelo- el equivalente al Artículo17 del actual Código Tributario ecuatoriano - en cuyo comentario la comisión expresa

> ... El mismo criterio se ha seguido para solucionar los problemas relativos a las normas jurídicas adoptadas por los contribuyentes. Si de la labor de interpretación resulta que la ley ha grabado una determinada situación atendiendo a la realidad y no al nombre jurídico del negocio, el intérprete puede prescindir de éste a los efectos de darle a la ley su verdadero alcance. Parece innecesario destacar que esta norma del Proyecto no se refiere a la posibilidad que los contribuyentes tienen que elegir las formas jurídicas más convenientes para sus intereses, incluso los fiscales, cuando esta posibilidad está admitida por el derecho tributario.
>
> La norma en estudio se refiere a los casos en que la ley tributaria prescinde de la forma y grava una realidad concreta. El párrafo 3° de este artículo prevé el problema del abuso de las formas jurídicas y la utilización de estas constituirá, por regla general, una infracción sancionable.[19]

El Dr. GiulianiFounrouge y Navarrine han sostenido que *este principio reconoce la autonomía del derecho tributario y adopta el principio de la realidad económica o apreciación de los hechos, como base de interpretación de las normas fiscales, con prescindencia de las apariencias o exterioridades jurídicas.*[20]

Dino Jarach señala al respecto que,

> (...) debe distinguirse en los actos o negocios jurídicos entre la voluntad de las partes de realizar una determinada operación económica, como por ejemplo, una compraventa o una locación, del fin práctico o de hecho que las mueve (intención empírica o *intentio facti*) y la voluntad de someter sus actos o negocios al régimen jurídico establecido en las leyes del derecho privado (intención jurídica o *intentio juris*).[21]

Por otro lado el tratadista Héctor Villegas manifiesta que

---

[19]Efrén Minuche Zambrano, *El principio de "Realidad Económica" en el Derecho Tributario.* p. 364 y365

[20]GIULIANI FOUNROUGE, C.M. y NAVARRINE, C.S., *Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social*, 9na. Edición, Ed. Astrea, Bs. As., 1999, p. 74

[21]DinoJarach, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Editorial Cangallo, Primera Edición, año 1983, p. 403.

> (...) la intención empírica es aquella que se encamina a obtener el resultado económico para cuyo fin el acto se realiza y que, la intención jurídica, es aquella que se dirige a alcanzar mediante el acto o negocio determinados efectos jurídicos, para lo cual se encuadra ese acto o negocio, dentro de un determinado molde o figura del derecho.[22]

Como se ha detallado anteriormente al Derecho Tributario lo que le interesa es la intención empírica tal como lo manifiesta el tratadista Dino Jarach en párrafos anteriores, es por ello que en aplicación del mencionado principio podría simplemente dejar de atender a la intención de la ley.

De la mano con lo expuesto el autor Héctor Villegas señala que

> El Derecho Tributario se interesa por la intención empírica. Por tanto, puede desconocer la intención jurídica si es que las formas jurídicas utilizadas por las partes distorsionan la realidad, con el objetivo de defraudar al fisco pagando menos tributos de los que habría correspondido pagar.[23]

> La realidad económica se ha utilizado también como un medio para la aplicación de las normas tributarias, una vez ya interpretadas conforme a los métodos jurídicos tradicionales. En este caso, de lo que se trata es de investigar si los hechos a los que se aplican las normas legales están o no incluidos dentro de la hipótesis de la norma legal, para lo cual no importa la apariencia legal que tales hechos tengan, sino más bien la realidad o contenido económico que les han dado las personas que los han realizado. La forma legal resulta, entonces, desestimada, para dar paso a la realidad de los hechos.[24]

> La calificación de los hechos generadores de los tributos puede considerarse un instrumento de un elemento presente en todo el ordenamiento jurídico: la primacía de la substancia sobre la forma; elemento al que también pertenece el llamado develamiento del velo societario, conforme los describe Lourdes

---

[22]Héctor B Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo I, Cuarta Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, año 1987. p. 169.

[23]Héctor Belisario Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. 9na ed. Astera Buenos Aires: 2005, p. 248.

[24]Luis Alberto Araoz Villena, *La Interpretación económica de las leyes tributarias y la clasificación de los hechos imponibles por su contenido económico*. p. 68.

Calderón Aguilar: "Así, refiere que de común tienen los medios, o sea la facultad, del intérprete de desconocer la eficacia de la forma jurídica para adoptarla a la realidad. Es decir, la predominancia de la substancia sobre la forma.[25]

3. La interpretación según la realidad económica en el país

Es importante tomar en cuenta que en *el principio de realidad económica es aquel por el cual se descubre una efectiva operación o movimiento económico que genera un tratamiento tributario y contable determinado; y que no es reconocido por incumplir una característica formal establecida en una ley o en un reglamento.*[26]

El principio de la realidad económica en su práctica posee una aplicación no tan eficiente, es por ello que el tratadista Gabriel Gotlib en su obra *Vicios y Mitos de la interpretación tributaria* expresa

> cuando al analizar el alcance de este principio y determinar sus aplicaciones prácticas, llega a toparse con varios tópicos como el de la relación del principio con la intención del legislador, o para reclasificar las relaciones entre empresas vinculadas, o para determinar la naturaleza jurídica con prescindencia de la denominación dada por las partes (aspecto que lo revisaremos más adelante, al analizar un caso práctico), o para dilucidar cuestiones meramente interpretativas, o para establecer la transparencia entre actos de una sociedad y sus socios; o de distinguir entre deuda y capital.[27]

G. Definición contable

En la primera parte del presente capítulo se ha descrito el principio de esencia sobre la forma, más conocido como de la realidad económica, desde un punto de vista doctrinario jurídico, así también se ha señalado donde consta el mismo dentro de nuestra normativa jurídica tributaria.

---

[25] Efrén Minuche Zambrano, *El principio de "Realidad Económica" en el Derecho Tributario*. p. 365

[26] Juan Carlos Peñafiel Revelo, *Los nuevos gastos deducibles a la luz de las nuevas reformas tributarias"*. Tesis postgrado. Universidad Andina Simón Bolívar. p. 94.

[27] Juan Carlos Peñafiel Revelo,*"Los nuevos gastos deducibles a la luz de las nuevas reformas tributarias"*. Tesis postgrado. Universidad Andina Simón Bolívar. pp. 94 y 95.

En esta segunda parte se complementará la explicación así como se detallará las normas que contienen el principio materia del presente capítulo pero desde una perspectiva contable, es por ello que se hará mención tanto a normas locales como a internacionales contables en las cuales se pregona el principio de la esencia sobre la forma.

H. Contenido dentro de los principios contables generalmente aceptados

Partiendo del concepto que estos principios son un conjunto de reglas generales y, más que ello, guías contables que tienen por finalidad ser una base para que se formulen criterios enfocados a la medición del patrimonio y a la información de los elementos patrimoniales y económicos de un ente, Dichos principios son fundamentales para la elaboración de los estados financieros.
Entre sus conceptos se encuentra la definición de la esencia sobre la forma enunciada de la siguiente manera:

Conceptos Básicos

Son aquellos que se consideran fundamentales por cuanto orientan la acción de la profesión contable y deben considerarse en la aplicación de los principios contables.

> ***Esencia sobre la forma.-*** *La contabilidad y la información financiera se basan sobre la realidad económica de las transacciones. La contabilidad financiera enfatiza la sustancia o esencia económica del evento, aun cuando la forma legal pueda diferir de la sustancia económica y sugiera diferentes tratamientos.*[28]

Generalmente la substancia de los eventos a ser contabilizados está de acuerdo con la norma legal. No obstante, en ocasiones la esencia y la forma pueden diferir y los profesionales contables hacen énfasis más en la esencia que en la forma, con la finalidad de que la información proporcionada refleje de mejor manera la actividad económica expuesta.

[28] www.sidweb.espol.edu.ec/public

I. Normas ecuatorianas de contabilidad

Como se había manifestado anteriormente es importante señalar lo que manifiestan las NEC ya que a pesar de que las mismas fueron sustituidas el contenido que señalan en cuanto al principio de esencia sobre la forma o realidad económica es de mucha utilidad a manera de referencia.

MARCO DE CONCEPTOS PARA LA PREPARACIÓN Y PRESENTACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

13. Esencia sobre la forma.- La contabilidad y la información financiera se basan en la realidad económica de las transacciones. La contabilidad financiera enfatiza la sustancia o esencia económica del evento, aun cuando la forma legal pueda diferir de la sustancia económica y sugiera diferentes tratamientos.[29]

Marco conceptual en las Normas internacionales de información financiera

Siendo las normas vigentes las que han sido adoptadas en nuestro país dentro de su marco conceptual recogen lo referente a la esencia sobre la forma en las operaciones.

"*MARCO CONCEPTUAL DE LA NIC-NIIF*

Cuando las disposiciones legales establecen la existencia de "normas superiores" obligatoriamente se atenderán éstas para reconocer los hechos económicos conforme a su esencia y formalismos. Expresamente se da la categoría de "norma superior" a las disposiciones de carácter tributario, de tal suerte que cuando se presenten incompatibilidades entre estas y las de carácter contable, prevalecerán las primeras."[30]

De conformidad con el marco conceptual de la NIC-NIIF, cuando las disposiciones legales establecen la existencia de *normas superiores* obligatoriamente se atenderán éstas para reconocer los hechos económicos conforme a su esencia y formalismos.

Expresamente se da la categoría de *norma superior* a las disposiciones de carácter tributario, de tal suerte que cuando se presenten incompatibilidades entre estas y las de carácter contable, prevalecerán las primeras.

---

[29] Normas Ecuatorianas de Contabilidad

[30] Normas Internacionales de Información Financiera.

Es importante concluir que el principio de esencia sobre la forma, es un principio de derecho tributario mediante el cual se busca que la valoración de los actos jurídicos realizados por los contribuyentes se ajuste a su esencia económica, más debe ser adecuadamente aplicado ya que en ciertos casos, que se analizarán en los próximos capítulos, se puede correr el riesgo que la Administración Tributaria pueda atribuir sin fundamento la configuración de cualquier hecho generador y por tanto, la imputación del pago de un tributo.

CAPÍTULO SEGUNDO

III. Subcapitalización o infracapitalización; definición, naturaleza jurídica, métodos para determinarla y el tratamiento de dividendos e intereses en la normativa ecuatoriana.

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objetivo el estudio de la subcapitalización, concebida su definición desde el punto de vista del Derecho Mercantil, hasta sus implicaciones en el campo del Derecho Tributario que es lo relevante para el presente trabajo.

El análisis parte de una descripción conceptual de lo que varios autores definen como subcapitalización o infracapitalización, como se mencionó en el párrafo anterior, tomándola desde una perspectiva mercantil, pero sobre todo de su configuración en el Derecho Tributario, es así que se expone las clases que existen, siendo estas la subcapitalización formal y nominal, los elementos que llevan a configurar una operación como subcapitalización y los métodos que existen para determinarla.

En el marco de la legislación ecuatoriana se describe las normas que se podrían asemejar a la regulación de la subcapitalización y de una manera escueta al no existir regulación amplia y puntual que la defina y describa sus elementos, es por ello que en apego de la subcapitalización he citado la normativa tributaria ecuatoriana que detalla el tratamiento que se le da a los intereses así como a los dividendos en el país.

Para finalizar el presente capítulo se hace una descripción relevante sobre el régimen de precios de transferencia en Ecuador de manera que se pueda evidenciar de manera clara lo que la normativa tributaria cataloga como partes relacionadas, siendo conceptos fundamentales para la determinación por parte del Servicio de Rentas Internas de las glosas por subcapitalización.

A. Concepto

Para poder determinar el concepto que conlleva la subcapitalización, es importante establecer la problemática que se ha generado en los últimos años y que ha traído a colación el riesgo de la subcapitalización para varias empresas.

Es importante partir señalando que la economía en las últimas décadas ha tomado un giro importante que ha desencadenado en la internacionalización de las relaciones económicas de las compañías, generando grandes vínculos estratégicos en las empresas lo cual ha dado como resultado las empresas transnacionales.

Uno de los efectos que ha nacido fruto de estos vínculos comerciales, de carácter no solo económico sino también societario entre las compañías es la financiación por otras que forman parte del mismo grupo transnacional, o de manera más puntual por parte de su casa matriz.

Adentrándonos en el tema, la problemática de la subcapitalización surge cuando una compañía no cuenta con los recursos propios para financiarse y obtienen los mismos de otra compañía, por así decirlo, sea esta su casa matriz o una compañía considerada parte relacionada, concepto que analizaremos a profundidad más adelante.

Por lo expuesto es importante conocer cómo define la doctrina a la subcapitalización desde un punto de vista mercantil pero sobre todo tributario.
La autora Zully Chevarría, considera que

> (...) desde la perspectiva del Derecho Mercantil, la subcapitalización hace referencia a la responsabilidad social y de los socios por las deudas sociales.
> En ese sentido, se trata de circunstancias en las cuales los socios o accionistas no proporcionan los recursos necesarios para el funcionamiento de la empresa, con lo cual se ocasiona una situación de insuficiencia de capital.
>
> Por otro lado, el término subcapitalización ha sido examinado por la doctrina tributaria, pero el legislador se ha limitado a enunciar la transacción sin esbozar

> una definición clara de lo que se entiende por ella, ni el alcance ni el sentido de la valoración impuesta.[31]

De igual manera en el Ecuador no hay norma puntual que precise o defina a la subcapitalización; es cierto que desde el año 2008 con la promulgación de la Ley de Equidad Tributaria, se estableció un referente en cuanto al límite para los créditos que se concedan a las compañías, sin embargo la normativa que defina lo que es la subcapitalización o los elementos que la configuran no existe hasta la actualidad, de modo que queda a criterio de la Administración Tributaria establecer la aplicación y la configuración de la misma.

> Una definición breve pero clara es aquella que presenta la subcapitalización como la financiación ajena (préstamo-endeudamiento) obtenida de entidades no residentes vinculadas, superior a la que se hubiese obtenido en condiciones normales de mercado (precio internacional de distribución), cuyas ventajas serían trasladar bases imponibles vía pago de intereses al país del prestamista y reducir el importe de la tributación en el país de origen.
>
> Sin embargo, esta situación no ocurre con la autofinanciación, pues los rendimientos constituyen dividendos, los cuales son ingresos fiscales (no gasto) y, por tanto, se tendrá que pagar una cuantía mayor por concepto de impuesto.[32]

De la concepción citada por la citada autora se desprende que bajo el ámbito tributario la subcapitalización se concebiría bajo un préstamo obtenido por un no residente que necesariamente deberá ser una parte relacionada y que dicho préstamo se haya concedido en condiciones mucho más favorables que las comúnmente concedidas en el mercado.

De la mano con lo mencionado por la autora se desprende que la subcapitalización surge de un tratamiento tributario diferenciado, a efectos de la deducción de los intereses y beneficios fiscales tal como lo menciona Edgar Morales Pérez:

---

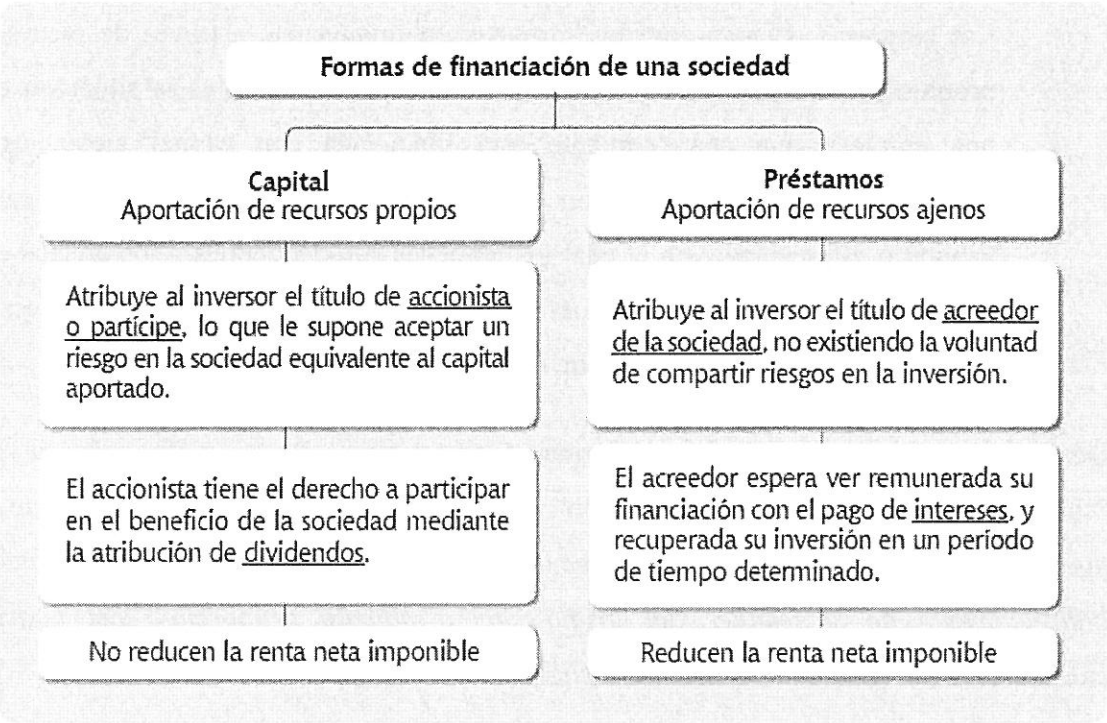
[31] Zully Chevarría, *Contabilidad y Negocios* Volumen 3, número 5, julio 2008, *La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España,* pp. 12 y 13.
[32] Idem.

> Las empresas cuentan con dos formas para financiarse: a través de recursos propios o utilizando recursos ajenos. La subcapitalización es la situación en una empresa que aparentemente está financiada con capital ajeno, está realmente siendo financiada con capital propio. Esto surge del tratamiento tributario diferenciado, en el cual los intereses son deducibles a los efectos de la determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta de empresas, en tanto que los dividendos no son deducibles.[33]

De igual manera lo corrobora Karina Montestruque Rosas definiendo a la "subcapitalización" o "infracapitalización" de una sociedad a *aquella situación en la que la proporción entre el volumen de recursos propios y ajenos procedentes directa o indirectamente de sociedades del grupo supera aquella proporción que podría considerarse normal en una situación de libre concurrencia.*

La subcapitalización implica la existencia de una estructura financiera en la que priman los recursos ajenos procedentes de sociedades vinculadas con el objetivo, normalmente, de reducir beneficio imponible de la sociedad filial.

[33]Edgar Morales Pérez, Texto Informativo No. 4, Departamento de Estudios Económicos, *El problema de la Subcapitalización y las medidas para contrarrestar en la República Dominicana,* p. 1.



34

La conclusión general que desencadena la subcapitalización como la conceptualizan los autores mencionados, en principio surge de una situación de insuficiencia de capital en la compañía por lo que busca la manera de financiarse, en el momento en que la misma escoge que este financiamiento será por parte de una parte relacionada y no residente con mayores beneficios a los del mercado común se configura la subcapitalización, ahora por otro lado y bajo la perspectiva tributaria la misma está enfocada a la obtención de beneficios fiscales, es decir a través de la deducción de intereses por créditos concedidos a efectos de reducir el pago del Impuesto a la Renta, tomando en cuenta que en la legislación ecuatoriana el pago de intereses al exterior por concepto de un créditos la norma la describe como un gasto deducible.

B. Requisitos para que se configure la subcapitalización

Una vez que hemos establecido un concepto de lo que se define por subcapitalización es importante conocer todas las características que la conforman, de tal manera que el contribuyente pueda identificar claramente cuando determinada operación configuraría subcapitalización.

---

[34] Karina Montestruque Rosas, *Aspectos fiscales de la subcapitalización de las sociedades y su regulación en el Perú*, Revista Instituto Pacífico, primera quincena de abril de 2010. pp. 1-4.

Si bien dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano la subcapitalización es un tema que se encuentra normado de una manera escueta y únicamente en lo que respecta a los intereses, la legislación comparada y la doctrina permite establecer una idea más clara de los requisitos que debe configurarse para establecer que se está en presencia de un caso de subcapitalización.

Dentro de la legislación española el tema de subcapitalización se encuentra ampliamente normado es así que

> el ordenamiento tributario español regula la subcapitalización en el artículo 20 del actual Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre las Sociedades (en adelante TRLIS). En síntesis, esta norma impide la deducción como gastos de los intereses devengados como consecuencia de un endeudamiento que el legislador reputa excesivo y merecedor del tratamiento de los fondos propios, cuya retribución en forma de dividendos no resulta deducible. De esta manera, el artículo 20 del TRLIS, en su apartado 1, dispone que cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.
>
> Esta norma de subcapitalización es consecuencia de tres características de los regímenes fiscales. Por una parte, la generalidad de los ordenamientos, y en particular el español, consideran deducibles los gastos financieros, incluidos los intereses devengados por cualquier préstamo concertado por una entidad para financiar el desarrollo de sus actividades. Por otra parte, no es deducible en cambio la retribución de los fondos propios de esa entidad y, en particular, los dividendos distribuidos. Finalmente, no existen normas, mercantiles o fiscales, que regulen la proporción que deben observar los recursos propios y ajenos en la financiación de una sociedad.[35]

[35]Abelardo Delgado Pacheco, *Las medidas antielusión en la fiscalidad Internacional,* Nuevas Tendencias y Fiscalidad Internacional ICE, Septiembre–Octubre No. 825, p. 100.

Como se detalla anteriormente la norma española señala claramente que a través de la misma se impide la deducción de los intereses cuando:

- Se repute excesivo, es decir cuando exceda el resultado de multiplicar el coeficiente del capital fiscal,
- Cuando haya sido otorgado por una sociedad no residente en el país de la ¿prestataria?
- Y dicha sociedad esté vinculada a la compañía que se otorga el crédito.

Para el autor Rafael Cosín Ochaíta, en su libro sobre Fiscalidad de los Precios de Transferencia, establece de manera más detallada los elementos de la subcapitalización, de la siguiente manera:

"6.2.1 Requisitos de la cláusula de subcapitalización

Como elementos integrantes de la cláusula de subcapitalización tenemos:

a) El endeudamiento, al que se refiere la cláusula de subcapitalización, es el originado por cualquier instrumento financiero, exceptuándose los que tengan su origen en operaciones de tipo comercial, salvo que encubran una operación estricta de financiación. Es necesario calificar la operación de tipo comercial para distinguirla de otro tipo de operaciones de financiación abierta. Las operaciones comerciales fijan unos plazos de contraprestación de 20, 60 y 90 días sin devengo de intereses.

   Frecuentemente, se observa en las multinacionales, saldos en las subsidiarias de proveedores o clientes con empresas del grupo que sobrepasan los plazos normales del mercado tanto en los pagos como en los cobros. En estos casos debe calificarse las operaciones comerciales como de financiación a corto o medio plazo, incluyéndose los saldos, en que se den las anteriores circunstancias, en el cálculo del endeudamiento a efectos de determinar el coeficiente de recursos ajenos sobre los propios.

b) El endeudamiento es de tipo medio anual y remunerado, incluyendo tanto el contraído directamente como indirectamente. Este último se produce cuando se

interpone una sociedad del grupo entre la sociedad prestamista del grupo y la prestataria. La interposición puede ser asimismo, directa o indirecta; la primera se produce cuando la sociedad intermedia toma el crédito del prestamista y concede un crédito a la prestataria. (...)

c) El prestamista debe ser una entidad no residente y vinculada con el prestatario, siendo la vinculación tanto directa en su condición de socio de la prestataria como indirectamente cuando la prestamista ejerce un control directo o indirecto sobre la prestataria.

   Frecuentemente surgen dificultades en la aplicación del criterio de residencia de la prestamista. Los países implicados en las transacciones financieras origen de la subcapitalización aplican su legislación interna a efectos de determinar la residencia del prestamista y prestatario pudiendo surgir supuestos de doble residencia cuya resolución cabe buscar en el Convenio de doble imposición (tie-breaker rules).

d) El endeudamiento se calcula partiendo del periodo en que han estado vigentes los préstamos vinculados. (...)

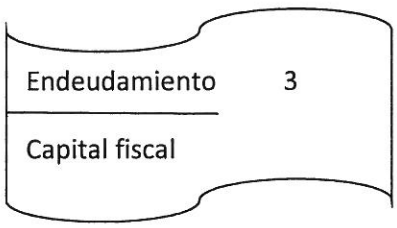
e) El *ratio* coeficiente de subcapitalización se determina por el cociente entre el endeudamiento medio del periodo impositivo y los fondos propios o neto patrimonial de la sociedad. (...)

f) La fijación de un ratio fijo de endeudamiento/ fondos propios se ha llevado a cabo en algunas legislaciones tributarias (por ejemplo: Francia y España). En otras legislaciones fiscales se permite recalificar los préstamos realizados por una sociedad vinculada por entender que en condiciones normales de mercado un acreedor independiente no hubiera realizado un contrato de préstamo de esas características. En esta situación, la administración tributaria está autorizada a recalificar la operación de préstamo como aportación al capital, considerando los intereses pagados como dividendos. Podría la administración tributaria calificar los intereses como dividendos superados los que se obtendrían en un mercado de plena concurrencia. (...).[36]

[36] Rafael Cosín Ochaíta, *Fiscalidad de los precios de transferencia,* 2007, Primera edición, p. 98 y 101.

De la transcripción de lo que el autor considera todos los elementos que configuran la cláusula de subcapitalización se establece el aspecto de la vinculación entre las compañías, el que la prestamista no sea residente y que las condiciones sean mucho más favorables a las del mercado, sin embargo el presente autor hace alusión a un elemento de mucha importancia el cual es el *ratio* de endeudamiento, de lo que podemos asimilar con la normativa ecuatoriana que regula de manera puntual y donde se puede establecer un precepto para la aplicación de la subcapitalización, es así que de manera más amplia haré referencia a este elemento importante según lo que manifiesta el autor Tulio Rosembuj:

> Elemento del presupuesto de endeudamiento
>
> La Ley establece un *ratio* que mide el nivel de endeudamiento en relación con el neto patrimonial de la entidad vinculada.
>
> El supuesto legal se configura en torno a la relación de endeudamiento neto retribuido, directo o indirecto, con una persona o entidad no residente vinculada, siempre que exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 al capital fiscal. El cálculo a partir del cual los intereses devengados tienen la consideración de dividendos es:



Sostiene PALAO que *endeudamiento significa cualquier operación o contrato que lo originó, salvo que se trate de deudas por operaciones de tráfico comercial, a no ser que estas encubran una financiación de la sociedad.* [37]

MALVARÉZ, más rotundo, *exige a las deudas de tipo comercial un periodo de cobro de acuerdo con el normal del mercado, para impedir que el largo periodo de mantenimiento de deudas comerciales sirva de medio financiero distorsionador.*[38]

[37] PALAO, *La subcapitalización y los CDI*, Estudios Financieros, núm. 137-138, 1994, p. 90
[38] MALVARÉZ, op.cit, p. 77

> El endeudamiento de la empresa respecto a la no residente indica que la financiación de su actividad es indebidamente elevada en relación a la proporción que representan sus recursos propios. No obstante, el ámbito de deuda no puede obviar, en modo simple y directo, la forma que sume en la realidad jurídica: en otros términos, el endeudamiento es una estructura compleja, compuesta de préstamos, créditos, deuda comercial, en dinero o en especie que resiste una calificación global y totalizadora.[39]

De manera amplia una vez expuesto el elemento del endeudamiento desproporcionado se puede apreciar como este tras aplicar el cálculo matemático el exceso del endeudamiento se reputa como dividendos por lo tanto su tratamiento está enfocado bajo este régimen.

> En el ámbito tributario, el endeudamiento excesivo puede plantear problemas cuando quienes financian una sociedad son sujetos con los que se encuentran vinculados, porque sus resultado pueden suponer un perjuicio recaudatorio para el Estado del prestamista, especialmente cuando los sujetos vinculados no son residentes, además de una quiebra de los principios que informan la tributación internacional y, particularmente, los que consagra el Modelo de convenio de la OCDE.
>
> Desde los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones, de los que procede el Modelo OCDE, se utilizan en la fiscalidad internacional el *principio* de independencia o *arm's length principle* como criterio para garantizar la correcta distribución del poder tributario entre los Estados[40]. Los sujetos en sus transacciones deben operar con sujetos independientes, incluso cuando esas transacciones se producen entre sujetos vinculados. La existencia de vinculación entre las partes que intervienen en una transacción, puede hacer dudar que el valor de la misma no se ajuste con que el hubieran acordado de haberse realizado esa misma transacción entre aportes independientes. Por este motivo, el art. 9 del Modelo OCDE autoriza a los Estados parte del convenio a

---

[39] Tulio Rosemberj, *Fiscalidad Internacional,* Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el IS, Instituto de Fiscalidad Internacional, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 1998, pp. 42 y 43.

[40] *Cfr.* PICCIOTTO, S., *International Business Taxation,* Quorum Books, Nueva York, 1992, pp. 27-37.

realizar ajustes en las transacciones entre sujetos vinculados, cuando no respeten el principio de independencia.[41]

Tan amplio concepto de vinculación, permite pues, extraer la siguiente conclusión: Debe entenderse como operación de subcapitalización entre entidades vinculadas, sin duda, la que se instrumenta por préstamos de una sociedad no residente a otra, residente, en la medida en que están vinculadas respectivamente, como participante y participada en su capital directa o indirectamente (a través de otra u otras intermedias), en la forma que expone el citado y transcrito artículo 16, o en sus órganos de gestión.[42]

C. Clases de subcapitalización:

Como se había mencionado en un principio la concepción de la subcapitalización o infracapitalización como la detallan algunos autores se la debe tomar en cuenta desde dos aristas fundamentales, por un lado cómo se configura la misma bajo el derecho Mercantil y por otro lado su aplicación en el Derecho Tributario.

De esta forma bajo el estudio del Derecho Mercantil para el autor Teodoro Cordón Ezquerro

> existen dos grandes tipos de subcapitalización; la material y la nominal. La subcapitalización material consiste en que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada, de tal modo que se produce escasez absoluta no sólo de capital de responsabilidad sino también de capital crediticio suministrado por los socios. La subcapitalización nominal se produce cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social. La particularidad no reside, por tanto, en la falta de un capital adecuado o suficiente, sino en su tratamiento jurídico como capital de crédito, sustraído, consiguientemente, a la severa reglamentación del capital propio o de responsabilidad.

---

[41] Félix Alberto Vega Borrego, *La Norma Tributaria en materia de subcapitalización: Incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario,* Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria No. 104 (2002), p. 6.

[42] Rafael Cosín Ochaíta, *Fiscalidad de los precios de transferencia,* 2007, Primera edición, pp. 98 y 101.

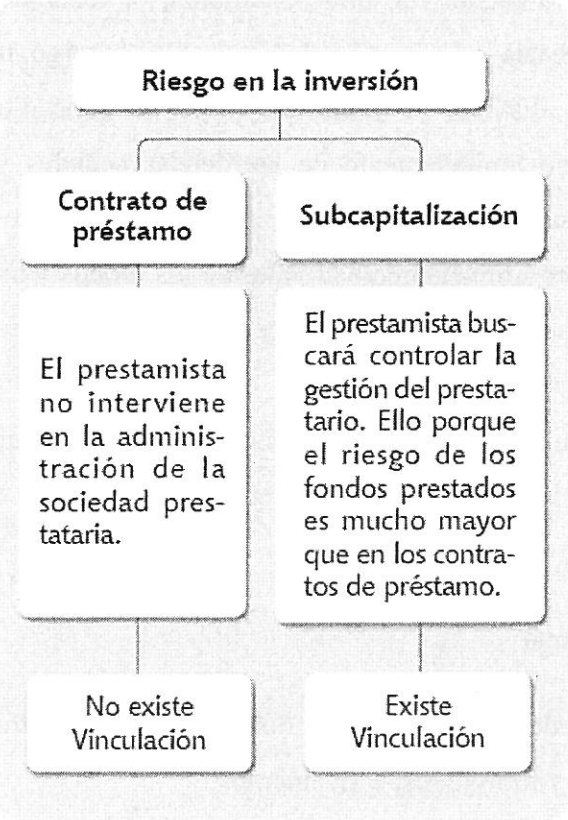
> En ambos supuestos de subcapitalización se produce una desproporción entre capital escriturado y objeto social. En ambos, también, el fundamento para derivar la responsabilidad hacia los socios es el mismo. Sin embargo, la medida de la responsabilidad es distinta. Así, en los casos de subcapitalización material, el socio responde limitadamente de las deudas sociales y, en los supuestos de subcapitalización nominal, el socio responde más allá de su cuota de aportación al capital pero limitadamente al valor de los fondos y bienes con que financió la sociedad subcapitalizada de origen. La razón de esta distinta articulación de la responsabilidad descansa en que en la subcapitalización nominal el socio materialmente capitalizó la sociedad, aunque nominalmente no lo hizo, sustrayendo así a las normas que rigen el capital social, el capital económico.[43]

Por su parte para Karina Montestruque

> La subcapitalización puede entenderse en dos sentidos distintos, como subcapitalización material y formal, respectivamente.
>
> La primera existe cuando el capital es inferior al necesario para el funcionamiento de la sociedad y, sobre todo, para hacer frente a sus responsabilidades, que es el aspecto que principalmente interesa al derecho privado.
>
> Mientras que existe subcapitalización en el sentido formal en aquella situación en la que, si bien la sociedad posee los recursos financieros necesarios, éstos no se le han proporcionado en forma de aportación, es decir como fondos propios, sino en forma de préstamo-financiación ajena-, es decir se canaliza por medio de un préstamo lo que desde el punto de vista económico es un aportación. Es esta segunda modalidad la que como hemos visto interesa al derecho tributario.
>
> El fenómeno de la subcapitalización interesa al legislador tributario sobre todo por razones recaudatorias, ya que la transformación de dividendos a intereses implica una reducción de la base imponible en la sociedad prestataria.

---

[43]Teodoro Cordón. y Manuel Gutiérrez Lousa, *Manual de Fiscalidad Internacional,* Tema 10 La subcapitalización tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, p. 306.



[44]

Para el catedrático Tulio Rosembuj la concepción en el Derecho Mercantil frente a las clases de subcapitalización que existe son las siguientes:

> En el Derecho Mercantil se entiende que la infracapitalización nominal consiste en que a la sociedad se le suministren fondos ajenos o créditos para cubrir las necesidades de fondos propios. Ésta requiere la recalificación por ley o por los tribunales de los recursos aportados en concepto de créditos, como fondo o capital propio.[45]

> La infracapitalización nominal del Derecho Mercantil es equivalente a la subcapitalización fiscal. Pero con dos importantes diferencias. Por un lado, el préstamo oculta y encubre la aportación del capital con exclusiva finalidad fiscal, configurando un ejemplo de simulación relativa. Por otro, la extensión de la ley sobre hechos imponibles subrogatorios que presentan elementos de

[44]Karina Montestruque Rosas. *Aspectos fiscales de la subcapitalización de las sociedades y su regulación en el Perú*, Revista Instituto Pacífico, primera quincena de abril de 2010., pp. 1-5
[45]Chulía, *Compendio crítico de Derecho mercantil,* t., I, vol. 1, Barcelona, 1991.

extraneidad o no pertenencia a la potestad tributaria del Estado, que la hace vulnerable al principio de no discriminación del Tratado CE.[46]

Al Derecho Tributario por su parte, le interesa la subcapitalización formal, ya que puede dar lugar a la obtención de ventajas fiscales que los ordenamientos tributarios consideran inaceptables.[47]

D. Métodos de la OCDE para contrarrestar la subcapitalización

Como una forma de eliminar o neutralizar los efectos antifiscales de la subcapitalización, la OCDE, por medio de su activo comité para asuntos discales ha pauteado las siguientes metodologías:

1. Método Subjetivo:

Mediante este método se estudia el caso concreto para determinar si, una sociedad que obtiene un préstamo de una empresa vinculada a ella lo podría haber obtenido con la misma magnitud y similares condiciones de una empresa no vinculada en situaciones de libre concurrencia.

Para este fin, la OCDE propone un análisis comparativo que mida los siguientes factores; a) *ratio* de endeudamiento versus capital antes del endeudamiento. b) si es que el préstamo es destinado a cubrir pérdidas. c) la posible convertibilidad del financiamiento ajeno en acciones. d) la vinculación de los intereses a los beneficios societarios. e) la subordinación frente a otros acreedores.

2. Método Objetivo

La OCDE ha priorizado la aplicación de este sistema. Consistente en la fijación de un ratio o coeficiente fijo relacionando recursos ajenos con recursos propios, Por encima de este ratio el préstamo ya tendría que considerarse aportación de capital. Aunque salvaguarda la carga probatoria de la empresa afecta a efectos de demostrar que la

---

[46]Tulio Rosemberj, *Fiscalidad Internacional,* Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el IS, Instituto de Fiscalidad Internacional, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 1998, p. 40.

[47]Carlos Palao Taboada, *La Subcapitalización,* en: Fiscalidad Internacional. Centro de Estudios Financieros, Madrid: 2001, p. 625.

relación financiera cuestionada se da en forma similar u otras en libre concurrencia del mercado.[48]

> Como es sabido en el informe de la OCDE, sobre la subcapitalización se distingue entre métodos subjetivos y métodos objetivos y en tanto que los primeros se aplican, caso por caso, según el estudio de las diversas circunstancias que en él concurren, con el fin de determinar si la presunta operación de infracapitalización ciertamente lo es; es los métodos objetivos la definición de la infracapitalización se establece por la Ley a priori y con carácter general e imperativo, y en base a la ratio o coeficiente entre el saldo medio de los recursos o fondos propios y el de determinados fondos ajenos (por los que se financia la entidad residente infracapitalizada, mediante operaciones de endeudamiento con entidades o personas no residentes y vinculadas a la primera) (art. 20.1) en el periodo impositivo).[49]
>
> Para contrarrestar la pérdida de ingresos tributarios por la vía del endeudamiento excesivo, los Estados han introducido en sus legislaciones normas antisubcapitalización. Estas normas pueden responder bien a métodos objetivos o bien a métodos subjetivos.
>
> Los métodos subjetivos realizan un análisis de todas las circunstancias presentes en el caso concreto para determinar si en condiciones de libre concurrencia en el mercado, la sociedad prestataria habría sido capaz de obtener los préstamos representativos del nivel de endeudamiento existente con una entidad independiente.
>
> Bélgica e Italia han adoptado este método subjetivo en su regulación sobre subcapitalización.
>
> Por su parte, los métodos objetivos se basan principalmente en el establecimiento de un ratio o coeficiente fijo de recursos ajenos/ propios, en virtud del cual se establece la recalificación a dividendos de aquellos intereses

---

[48]Oscar Sánchez Rojas, *Subcapitalización y las cláusulas antielusivas,* www.tributacionypostmodernidad.blogspot.com/2009/03/subcapitalizacion-y-las-clausulas.

[49]José Luis Pérez de Ayala, *El Marco fiscal de la subcapitalización de las empresas,* XIX Jornadas Latino-Americanas de DereitoTributário, L. 3, Lisboa, 1998, p. 78.

pagados en relación con la parte de deuda que exceda del mencionado ratio, o simplemente la no deducibilidad de los intereses en exceso.

Francia, Japón, España, EE. UU., Canadá y Australia son ejemplos de países que utilizan este método objetivo.

Al respecto este último método, el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha precisado que esta técnica es aceptable compatible con el Modelo del Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional en la medida en que "*se permita a la sociedad implicada la opción de demostrar que el ratio de recursos ajenos/recursos propios es de mercado (por ejemplo demostrando que se corresponde con el endeudamiento habitual en compañías en la misma rama de actividad en el país).*[50]

E. La subcapitalización en el Ecuador

En el Ecuador el concepto de subcapitalización es un tema relativamente nuevo, a pesar de que dentro del Derecho Societario una de las Doctrinas emitidas por la Superintendencia de Compañías hace alusión de que es un tema que se ha regularizado hace ya algunos años. En el ámbito del Derecho Tributario no existe mayor normativa que contemple o regule tal concepto, es así que últimamente el control por parte de la Administración Tributaria en apego a su facultad determinadora, ha venido relacionado en cuanto a conceptos polémicos que según la misma se han utilizado como figuras para evadir impuestos, una de ellas la llamada subcapitalización o infracapitalización.

Es importante entonces conocer uno de los fundamentos legales en los que el Servicio de Rentas Internas se ha basado para conceptualizar y de esta forma calificar a una operación bajo la figura de la subcapitalización y por ello desconocer el gasto relacionado con los intereses generados por un crédito obtenido en el exterior, generando una glosa a los contribuyentes.

Dentro de las Doctrinas emitidas por parte de la Superintendencia de Compañías se encuentra la No. 147 la cual hace alusión de manera puntual a lo que consideramos subcapitalización a pesar de que no se la llame de esta manera.

---

[50] Karina Montestruque Rosas. *Aspectos fiscales de la subcapitalización de las sociedades y su regulación en el Perú*, Revista Instituto Pacífico, primera quincena de abril de 2010, pp. I-6.

"DOCTRINA No. 147

- IV-

LAS REMESAS DE NUMERARIO (DINERO EFECTIVO) O LAS ENTREGAS DE ESPECIES MUEBLES HECHAS POR LA CASA MATRIZ DE UNA COMPAÑÍA U OTRA EMPRESA EXTRANJERA ORGANIZADA COMO PERSONA JURÍDICA, A LA SUCURSAL QUE HUBIERE ESTABLECIDO EN EL ECUADOR, SE CONTABILIZARÁN COMO APORTES EN NUMERARIO O EN ESPECIES Y, EN NINGÚN CASO, COMO COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

La sucursal de compañía u otra empresa extranjera organizada como persona jurídica, establecida en el país, como se sabe, no es sino un apéndice jurídico y económico de tal compañía. Por lo mismo, la sucursal, en sí, no es una compañía ni tiene personalidad jurídica; es tan solo una proyección extraterritorial de la matriz en el territorio ecuatoriano. En ello se explica que las entidades extranjeras, que sí son personas jurídicas, deban ejecutar actos y celebrar contratos a través de un representante legal, inevitable para estos efectos, mientras que la sucursal en el Ecuador, cuyo establecimiento está librado a la sola voluntad de la compañía extranjera de que se trate, esté en el caso de ejecutar actos o celebrar contratos y, desde luego, cumplir las obligaciones contraídas, a través de un representante convencional o voluntario, llamado en la doctrina apoderado permanente.

Por lo expuesto, aparece evidente que la compañía o empresa extranjera y su sucursal en el Ecuador son una sola entidad de derecho y, por serlo, no cabe que la matriz preste dinero o bienes muebles, a su sucursal en el Ecuador, visto que en el inadmitido caso de que ello ocurriere el préstamo sería a sí mismo, lo cual luce ilógico e inaceptable. De ahí que una casa matriz no pueda conceder préstamos de consumo o mutuos a la sucursal o sucursales que hubiere establecido en el territorio ecuatoriano, ni peor todavía que dicha sucursal, con los pretensos préstamos, pueda elevar su capital asignado. Sí es posible, en cambio, que casa matriz asigne a su sucursal en el Ecuador una cierta suma de dinero o determinadas especies muebles, y que esta última aplique esa suma o esas especies muebles a un aumento de su capital asignado. Procediendo de este modo la entidad

extranjera habría aumentado el capital asignado a su sucursal en el país, ya mediante aportes en numerario o ya en especies muebles aptas para el giro social.

Para concluir, las tesis expuestas en esta doctrina no constituyen, ni mucho menos, una novedad, pues la Superintendencia de Compañías ha venido manteniéndolas de muchos años a esta parte. Así lo demuestra el artículo que sobre la temática aquí abordada publicó la entidad, hacia el año 1981, en la Revista "Aporte", volumen 1, No. 2, páginas 18 a 21, 30 y 43, bajo el título *ALGUNOS RAZONAMIENTOS SOBRE ASPECTOS CONTABLES Y FINANCIEROS DE LAS FORMAS DE PAGO DE LOS AUMENTOS DE CAPITAL DE COMPAÑÍAS.*[51]

De la transcripción íntegra de la norma en cuestión, se puede observar claramente que dicha Doctrina es bastante rígida en cuanto a la posibilidad de que la casa matriz de una compañía otorgue un préstamo a su sucursal domiciliada en territorio ecuatoriano, toda vez que parte del concepto que una sucursal es una extensión de la compañía matriz por lo que no posee personalidad jurídica y como consecuencia directa de la misma no posee autonomía para poder celebrar y ejecutar contratos toda vez que la misma dependerá siempre de la voluntad y directrices de su casa matriz.

Por lo expuesto entonces es que se considera que la idea de que una persona jurídica se otorgue un préstamo a si misma sería descabellado, es así que para la mencionada Doctrina el que la casa matriz proporcione capital a su sucursal en el Ecuador se encasilla en una aportación de capital la cual deberá cumplir las reglas de un aumento de capital, al respecto si bien se regula una prohibición expresa entre la operación de casa matriz y sucursal, nada se señala y mucho menos por no ser materia de la presente Doctrina acerca de las operaciones efectuadas entre partes relacionadas.

Por lo cual es importante adentrarnos de manera explícita a la objeción que hace la Administración Tributaria en cuanto al desconocimiento del gasto efectuado por las compañías, misma que se explica a continuación.

[51] Doctrina No. 147 de la Superintendencia de Compañías.

F. Tratamiento jurídico de dividendos e intereses en la legislación ecuatoriana

Es importante partir de la consideración de que la normativa ecuatoriana precisa una gran diferencia dentro del tratamiento de los intereses por créditos otorgados y los dividendos distribuidos, tal es así que de existir un tratamiento semejante para los mismos no importaría el financiamiento de una sociedad es decir que el mismo sea a través de recursos propios o ajenos.

Antes de adentrarnos a lo que detallan las normas tributarias ecuatorianas en cuanto tratamiento de dividendos e intereses es importante citar de manera breve como se concibe la doctrina, es así que para el autor Félix Alberto Vega

> En suma, los intereses no sufren doble imposición económica y tampoco se produce, o por lo menos en menor medida, doble imposición jurídica, bien en virtud de los convenios para evitar la doble imposición internacional, o bien porque la legislación del Estado de la fuente renuncia a gravarlos.
>
> Los dividendos, en cambio, son susceptibles de sufrir doble imposición económica, porque el beneficio del que proceden se grava tanto en sede de la sociedad pagadora como del socio. Los sistemas articulados por la legislación española no eliminan completamente, en todos los casos, la doble imposición económica cuando se produce.[52]

De manera más explicativa el autor Margret Klostermann, establece los criterios para distinguir una aportación de capital de un crédito.[53]

---

[52]Félix Alberto Vega Borrego, *La Norma Tributaria en materia de subcapitalización: Incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario,* Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria No. 104 (2002), pp. 2 y 3.

[53]Margret Klostermann, *The Consequences of Hibrid Finance in Thin Capitalization Situations: An Alalysis of the Substantive Scope of Nactional Thin Capitalization Rules with Special Emphasis on Hybrid Financial Istruments.* Disponible en: http://ssrn.com/abtract=1137591orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1137591.

Criterio de clasificación	**Capital (Equity)**	**Deuda (Debt)**
Posición Legal	Copropietario	Derechos de acreedor
Influencia en la administración	Generalmente tiene control e información completos, a más de derecho a voto.	Generalmente no tiene información completa ni derecho a voto.
Participación en las ganancias	Participa de las pérdidas y de las ganancias.	Su retorno no depende de las pérdidas y las ganancias de la prestataria.
Riesgo	Hasta el monto de las acciones.	No hay riesgo.
En caso de quiebra	Le corresponde el remanente.	Es un acreedor común.
Tratamiento Tributario	Pago no deducible	Pago deducible
Criterio de clasificación	Capital (Equity)	Deuda (Debt)
Posición Legal	Copropietario	Derechos de acreedor
Influencia en la administración	Generalmente tiene control e información completos, a más de derecho a voto.	Generalmente no tiene información completa ni derecho a voto.
Participación en las ganancias	Participa de las pérdidas y de las ganancias.	Su retorno no depende de las pérdidas y las ganancias de la prestataria.
Riesgo	Hasta el monto de las acciones.	No hay riesgo.
En caso de quiebra	Le corresponde el remanente.	Es un acreedor común.
Tratamiento Tributario	Pago no deducible	Pago deducible

Para el autor PALAO las principales diferencias entre el tratamiento de los intereses y de los dividendos son las siguientes *mientras los dividendos no son deducibles de la base imponible, los intereses si lo son. Además, algunos ordenamientos gravan la*

aportación a las sociedades, mientras que el otorgamiento de préstamos no está gravado, Así por ejemplo en España, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados grava, entre otros supuestos, a la constitución, aumento y disminución de capital de las sociedades, pero no grava a la concesión de préstamos.[54] *Finalmente, los dividendos pueden estar sujetos a doble imposición, mientras que los intereses no lo están.*[55]

En la legislación ecuatoriana existen tratamientos totalmente diferentes, como ya se había mencionado, para los intereses y dividendos. A continuación cito las normas contenidas en la normativa tributaria ecuatoriana y una explicación sobre el tratamiento antes mencionado.

G. Tratamiento de Intereses por créditos externos

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

- ✓ Por su parte, el **Artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno** establece:

  "En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.

  En particular se aplicarán las siguientes deducciones: Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que ***se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador.***

  (...) ***Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de***

[54] Teodoro Cordón Ezquerra, *Manual de fiscalidad Internacional.* Ministerio de Hacienda. p. 310

[55] Carlos Palao Taboada, *"La subcapitalización", en: Fiscalidad internacional.* Coordinador: Fernando Serrano Antón. Centro de Estudios Financieros, Madrid: 2001, p. 696.

éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales". (La negrilla y el subrayado me pertenecen).

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

- ✓ *Art. 30.- Deducción por pagos al exterior.- Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas.*

  (II) Intereses por créditos del exterior.- ***Serán deducibles los intereses pagados por créditos del exterior, adquiridos para el giro del negocio, hasta la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador, siempre que estos y sus pagos se encuentren registrados en el Banco Central del Ecuador, y que cumplan las demás condiciones establecidas en la ley.***

  Para créditos del exterior, con partes relacionadas, además se deberán cumplir las siguientes condiciones:

  - Para las sociedades, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300%.

  - Para las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y los activos totales no exceda del 60%.

  - Para las sucursales extranjeras, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y el patrimonio asignado no exceda del 300%. No se considerarán créditos externos los recibidos de sus casas matrices.

  En caso de que las relaciones de deuda, antes indicadas, excedan el límite establecido al momento del registro del crédito en el Banco Central, no será deducible la porción del gasto generado sobre el exceso de la relación

correspondiente, sin perjuicio de la retención en la fuente de Impuesto a la Renta sobre el total de los intereses.

Los sujetos pasivos procederán a la correspondiente reliquidación del impuesto, sin perjuicio de la facultad determinadora de la Administración Tributaria cuando la relación de endeudamiento se modifique.

Se entenderá como endeudamiento externo, el total de deudas contraídas con personas naturales y personas jurídicas del exterior.

A efectos de la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador que se debe aplicar a los créditos externos, será aquella vigente a la fecha del registro del crédito en el Banco Central del Ecuador, de conformidad con la ley. Si la tasa del crédito externo excede la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador para créditos del exterior, no serán deducibles los intereses en la parte excedente de las tasas autorizadas. No serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición. (la negrilla y el subrayado me pertenecen).

Como claramente se desprende de la normativa tributaria contenida en nuestro régimen jurídico, cuando una compañía haya adquirido un crédito externo, la norma lo faculta para que el pago de los intereses de este crédito otorgado en el exterior, sean considerados como gastos deducibles por haber sido obtenidos para el giro del negocio de la compañía, siempre y cuando dicho crédito se encuentre debidamente registrado en el Banco Central del Ecuador y la tasa pactada no exceda de la estipulada por esta Institución.

A partir de la promulgación de la Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador en el año 2008 se limitó la capacidad de endeudamiento de las compañías de tal manera que que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300% y se hace una determinación expresa de que no se considerará como créditos externos los percibidos por su casa matriz, más nuevamente nada se detalla sobre las operaciones entre partes relacionadas.

H. Tratamiento de Dividendos distribuidos a personas naturales y jurídicas

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

- ✓ El **Artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno** dispone: *"Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos:*

  *1.- **Los dividendos y utilidades, calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuidos por sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales o extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales** o jurisdicciones de menor imposición o de personas naturales no residentes en el Ecuador. (...)".* (La negrilla y el subrayado me pertenecen).

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

- ✓ *Art. 15.- Dividendos y utilidades distribuidos.- (...) **Cuando los dividendos o utilidades sean distribuidos a favor de sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, deberá efectuarse la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta. El porcentaje de esta retención será igual a la diferencia entre la máxima tarifa de Impuesto a la renta para personas naturales y la tarifa general de Impuesto a la renta prevista para sociedades.***

  (...) El valor sobre el que se calculará la retención establecida en este artículo será el que deba ser considerado como ingreso gravado dentro de la renta global, es decir, el valor distribuido más el impuesto pagado por la sociedad, correspondiente a ese valor distribuido.(La negrilla y el subrayado me pertenecen).

- ✓ El artículo 125 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno determina que.- ***Cuando una sociedad residente en el Ecuador distribuya o entregue utilidades, dividendos o beneficios, a favor de personas naturales residentes en el Ecuador, deberá efectuar una retención en la fuente del impuesto a la renta de conformidad con lo establecido en este Reglamento*** (...) (la negrilla y el subrayado me pertenecen).

En base a la normativa mencionada es importante señalar que cuando la distribución de dividendos, se realiza a una sociedad domiciliada en el exterior y siempre y cuando este país no esté considerado como un Paraíso Fiscal de acuerdo a la Resolución No. NAC-DGER2008-0182 emitida por el Servicio de Rentas Internas, se configura el supuesto contemplado en el artículo 9 de la LORTI para acceder a la exención planteada en dicho artículo, es decir no gravar Impuesto a la Renta.

Así también por otro lado la distribución de dividendos se encuentra sujeta a retención en la fuente en el supuesto de que el beneficiario del dividendo sea una sociedad domiciliada en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición (entendida ésta cuando el régimen tenga una tributación inferior al 60% a la que corresponda en Ecuador).

En un tercer caso cuando los dividendos son distribuidos a una persona natural que es residente en Ecuador según las reformas introducidas por la Ley s/n publicada en el suplemento del Registro oficial No. 94 del 23 de Diciembre del 2009, se ubicó como ingresos de fuente ecuatoriana a los dividendos distribuidos por sociedades constituidas o establecidas en el país.

I. Legislación sobre Precios de Transferencia y Partes Relacionadas en la Legislación ecuatoriana

Partiendo de una definición conceptual, se entiende como *precios de transferencia, todos aquellos lineamientos que van orientados a evitar, que por actos de naturaleza comercial o contractual se provoquen efectos fiscales nocivos en el país donde se generen las utilidades o pérdidas en una actividad empresarial o de servicios.*[56]

El manejo de regímenes impositivos aplicados a las empresas que desarrollan sus actividades económicas en varias partes del mundo ha creado la necesidad de que las Administraciones Tributarias de los diferentes países hayan acogido como parte de su legislación local las directrices determinadas por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), con la finalidad de determinar el cumplimiento del Principio de Plena Competencia conocido como Arm´s Lengthy mejorar la recaudación

[56]Herbert Bettinger Barrios, *Precios de Transferencia y sus efectos fiscales*; Editorial ISEF; México. 2003.

de impuestos por su aplicación, ante lo cual las empresas buscan optimizar su carga tributaria del grupo en su conjunto.

1. Régimen de Precios de Transferencia en el Ecuador

Las regulaciones en materia de Precios de Transferencia en el Ecuador inician con la modificación al artículo No. 91 del Código Tributario, sustituido por el Art. No. 4 de la Ley 9924 (Suplemento del Registro Oficial No. 181, del 30 de Abril de 1999), mediante la cual se faculta a la Administración Tributaria para regular los Precios de Transferencia de bienes o servicios para efectos tributarios, dentro de la determinación directa, cuando las ventas se hagan bajo el costo o cuando las importaciones y exportaciones de bienes o servicios se hagan a precios inferiores a los de mercado.

Con la publicación del Decreto Ejecutivo No. 2430, (Suplemento del Registro Oficial No. 494 del 31 de Diciembre del 2004), se modifica el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, donde se incorporan los aspectos sustanciales que permiten realizar los controles en materia de Precios de Transferencia:

> Se define cuando se configura partes relacionadas o vinculación, ya sea esta directa o indirecta.

Ley de Régimen Tributario Interno, artículo innumerado después del Art. 4: **Art. (...).-**

> **Partes Relacionadas.-** Para efectos tributarios se considerarán partes relacionadas a las sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad domiciliada o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de éstas.
>
> Se considerarán partes relacionadas, los que se encuentren inmersos en la definición del inciso primero de este artículo, entre otros casos los siguientes:
>
> 1. La sociedad matriz y sus sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes.
> 2. Las sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes, entre sí.

3. Las partes en las que una misma persona natural o sociedad, participe indistintamente, directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de tales partes.
4. Las partes en las que las decisiones sean tomadas por órganos directivos integrados en su mayoría por los mismos miembros.
5. Las partes, en las que un mismo grupo de miembros, socios o accionistas, participe indistintamente, directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de éstas.
6. Los miembros de los órganos directivos de la sociedad con respecto a la misma, siempre que se establezcan entre éstos relaciones no inherentes a su cargo.
7. Los administradores y comisarios de la sociedad con respecto a la misma, siempre que se establezcan entre éstos relaciones no inherentes a su cargo.
8. Una sociedad respecto de los cónyuges, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directivos; administradores; o comisarios de la sociedad.
9. Una persona natural o sociedad y los fideicomisos en los que tenga derechos.

Para establecer la existencia de algún tipo de relación o vinculación entre contribuyentes, la Administración Tributaria atenderá de forma general a la participación accionaria u otros derechos societarios sobre el patrimonio de las sociedades, los tenedores de capital, la administración efectiva del negocio, la distribución de utilidades, la proporción de las transacciones entre tales contribuyentes, los mecanismos de precios usados en tales operaciones.

También se considerarán partes relacionadas a sujetos pasivos que realicen transacciones con sociedades domiciliadas, constituidas o ubicadas en una jurisdicción fiscal de menor imposición, o en Paraíso Fiscal.

Así mismo, la Administración Tributaria podrá establecer partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al Principio de Plena Competencia. Podrá considerar también partes relacionadas por presunción a los sujetos pasivos y a la persona natural, sociedad, o grupo económico con

quien realice ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, en los porcentajes definidos en el Reglamento.

Serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas.

En el reglamento a esta Ley se establecerán los términos y porcentajes a los que se refiere este artículo.[57]

Adicionalmente la Ley contempla que serán denominadas partes relacionadas o vinculadas cuando una persona natural o sociedad, domiciliada o no en el Ecuador, realice el 50% o más de sus ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, con una persona natural o sociedad, domiciliada o no en el país. (Ficha Técnica – Anexo de Operaciones con Partes Relacionadas).

- Se establece que los precios pactados en las transacciones económicas mantenidas entre compañías vinculadas deben reflejar que fueron pactados bajo el Principio de Plena Competencia (PPC (o Arm's Length); es decir, que los precios en las transacciones económicas mantenidas entre compañías vinculadas se hubiesen pactado bajo los mismos parámetros que lo harían con un tercero independiente, en condiciones similares. Cuando dichos precios no cumplen con los mencionados lineamientos, facultan a la Administración para realizar ajustes en los precios de los bienes y servicios que se venden a los consumidores individuales o empresas; o que sean usados para la producción; o necesarios para la prestación de servicios.
- Se establecen los criterios de comparabilidad.
- Se definen los métodos de aplicación del **Principio de Plena Competencia | PPC**.

En el 2008, con la reforma tributaria integral (Ley de Equidad Tributaria), se realizaron cambios inherentes a Precios de Transferencia:

- Se eleva a rango de ley la definición de Partes Relacionadas, en dicho artículo se incorpora la presunción de vinculación con transacciones hacia o desde paraísos

[57]Ley de Régimen Tributario Interno, artículo enumerado después del Art. 4: **Art. (...)**

fiscales y se incluyó la presunción de vinculación por proporción de transacciones.

- Se eleva a rango de ley el Principio de Plena Competencia - PPC.
- Se eleva a rango de ley la facultad de determinar ajustes en Precios de Transferencia.
- Se establecen sanciones de hasta USD$ 15 000,00 para la no presentación o la presentación con errores de los informes.
- Se establece la posibilidad de presentación de consultas para establecer si la metodología a aplicar en precios de transferencia es la adecuada (Acuerdos Anticipados de Precios - APA'S).
- La legislación ecuatoriana en materia de Precios de Transferencia sigue los lineamientos de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), tanto en la definición del Principio de plena competencia | PPC, los criterios de comparabilidad y los métodos aplicables a este principio. Adicionalmente a ello a través de la Ley de Equidad también se incluye la prelación de métodos y la posibilidad de Acuerdos Anticipados de Precios – APA's
- A partir de Abril del 2007, el Servicio de Rentas Internasmediante reforma, incorpora formalmente el Área de Fiscalidad Internacional, cuyo objetivo fundamental es el control de operaciones internacionales en temas como renta mundial, renta de no residentes con o sin establecimiento permanente, precios de transferencia, convenios de doble tributación y de manera general la planeación fiscal internacional.
- La **Administración Tributaria**, en ejercicio de sus facultades legales, podrá solicitar mediante requerimientos de información a los contribuyentes que realicen operaciones con partes relacionadas al interior del país o en el exterior, la presentación de la información conducente a determinar si en dichas operaciones se aplicó el **Principio de Plena Competencia | PPC**, de conformidad con la Ley.

- En referencia a las disposiciones de la Resolución **No. NAC-DGER-2008-0464** del 11 de Abril del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 324 de 25 de Abril del 2008, los Anexos e Informes Integrales de Precios de Transferencia de

ejercicios fiscales anteriores al 2007 que se presenten a partir de la vigencia de la mencionada resolución, deberán regirse por lo establecido en la misma.

2. Últimas reformas

Consecuentemente, el Anexo de Operaciones con Partes Relacionadas y el Informe Integral de Precios de Transferencia del ejercicio fiscal 2012 y posteriores deben presentarse de acuerdo a los valores mínimos determinados en esta Resolución y deben considerarse las transacciones acumuladas, efectuadas con partes relacionadas locales y/o del exterior.

- **Operaciones con Partes Relacionadas.-** Los contribuyentes que celebren operaciones o transacciones con partes relacionadas están obligados a determinar sus ingresos y sus costos y gastos deducibles, considerando para esas operaciones los precios y valores de contraprestaciones que hubiera utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables. Para efectos de control deberán presentar a la **Administración Tributaria**, en las mismas fechas y forma que ésta establezca, los Anexos e Informes sobre tales operaciones. La falta de presentación de los Anexos e Información referida en este artículo, o si es que la presentada adolece de errores o mantiene diferencias con la declaración del Impuesto a la Renta, será sancionada por la propia **Administración Tributaria** con multa de hasta **15.000 Dólares de los Estados Unidos de América.**[58]

3. Facultad Determinadora de Precios de Transferencia

La Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador publicada en Diciembre del 2007 confiere a la Administración Tributaria la Facultad de Determinar Precios de Transferencia en operaciones con partes relacionadas.

> La administración tributaria podrá determinar los ingresos, los costos y gastos deducibles de los contribuyentes, estableciendo el precio o valor de la contraprestación en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando para esas operaciones los precios y valores de contraprestaciones que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, ya

[58] Artículo enumerado siguiente al artículo 22 Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

sea que éstas se hayan realizado con sociedades residentes en el país o en el extranjero, personas naturales y establecimientos permanentes en el país de residentes en el exterior, así como en el caso de las actividades realizadas a través de fideicomisos.[59]

4. Exenciones

Dentro de las exenciones que existen dentro del régimen de precios de transferencia se encuentran

Art. (...) Los contribuyentes que realicen operaciones con partes relacionadas quedarán exentos de la aplicación del régimen de precios de transferencia cuando:

- Tengan un impuesto causado superior al tres por ciento **(> 3,00%)** de sus ingresos gravables,
- No realicen operaciones con residentes en paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes; y,
- No mantengan suscrito con el Estado contrato para la exploración y explotación de recursos [60]

De las normas detalladas se pueden observar que en el país los precios de transferencia han sido aplicados de manera reciente por lo que la regulación en cuanto a partes relacionadas es de igual forma nueva, lo relevante dentro del tema propuesto radica en que son las partes, las mismas que se han normado a efectos de prevenir la evasión o incluso la reducción de impuestos originada en transacciones entre partes relacionadas que buscan reducir o eliminar el impuesto a la renta, es por ello que se le ha conferido dentro de las facultades que tiene la Administración Tributaria, la de determinar Precios de Transferencia en operaciones con partes relacionadas.

---

[59] Art.82 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador publicada en el R.O. Nº 242 del 29 de Diciembre del 2007. http://www.sri.gob.ec/web/10138/394.

[60] Cuarto artículo enumerado después del Artículo 15 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

CAPÍTULO TERCERO

IV. Criterios de la Administración Tributaria y el principio de esencia sobre la forma en Glosas por Subcapitalización

INTRODUCCIÓN

El presente capítulo abarca el análisis de los criterios y argumentos que utiliza la Administración Tributaria en los procesos de determinación y por ende en las glosas por subcapitalización.

En este capítulo se establecerá el tratamiento que tienen los intereses por créditos externos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano de una manera explícita sobre la posibilidad que puedan ser deducidos del pago del Impuesto a la Renta, así como de su tratamiento en cuanto a las retenciones en la fuente por tratarse de pagos al exterior.

En apego al tratamiento de los intereses también se hace un análisis sobre el pago de los mismos en aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición en los países con los que Ecuador los ha suscrito.

Como segundo aspecto este capítulo recoge el análisis de los criterios que mantiene la Administración Tributaria para levantar glosas por concepto de subcapitalización, para esto se realiza el estudio de dos casos que han sido glosados y que sobre el último caso ya existe un pronunciamiento por parte de la Corte Nacional de Justicia: el primer proceso corresponde a la compañía SINOPEC INTERNATIOTAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006 y el segundo caso es de compañía SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR por concepto de Impuesto a la Renta de los ejercicios fiscales 2001 y 2002.

El capítulo culmina con un análisis del principio de esencia sobre la forma y sobre las facultades de la Administración Tributaria en apego a los principios de legalidad y de reserva de Ley sobre los límites que tiene la misma para interpretar el Artículo 17 del Código Tributario y encasillar a las transacciones en casos de subcapitalización.

A. Deducibilidad de intereses por créditos externos en la normativa ecuatoriana

Si bien en el capítulo anterior se hizo mención al tratamiento que en la legislación ecuatoriana se da a los intereses generados por créditos contraídos en el exterior para el giro del negocio; a continuación se menciona el tratamiento de los intereses nuevamente pero bajo un análisis más profundo, toda vez que del mismo parte el estudio de los criterios manifestados por la Administración Tributaria a efectos de establecer glosas a los contribuyentes bajo el criterio de subcapitalización.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha plasmado el tratamiento a los intereses que se paga por concepto de un crédito obtenido en el exterior para el giro del negocio de manera puntual; a continuación transcribo las normas que amparan lo manifestado tanto en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, como en el Reglamento para su aplicación.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

- ✓ El **Artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno** establece que:

  En general, para determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.

  En particular se aplicarán las siguientes deducciones:

  Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que **se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador.**

  (...) **Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio,**

tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales. (la negrilla y el subrayado me pertenecen).

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

Art. 30.- Deducción por pagos al exterior.- Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas.

(II) Intereses por créditos del exterior.- **Serán deducibles los intereses pagados por créditos del exterior, adquiridos para el giro del negocio, hasta la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador, siempre que estos y sus pagos se encuentren registrados en el Banco Central del Ecuador, y que cumplan las demás condiciones establecidas en la ley.**

Para créditos del exterior, con partes relacionadas, además se deberán cumplir las siguientes condiciones:

- Para las sociedades, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300%.

- Para las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y los activos totales no exceda del 60%.

- Para las sucursales extranjeras, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y el patrimonio asignado no exceda del 300%. No se considerarán créditos externos los recibidos de sus casas matrices.

En caso de que las relaciones de deuda, antes indicadas, excedan el límite establecido al momento del registro del crédito en el Banco Central, no será deducible la porción del gasto generado sobre el exceso de la relación

correspondiente, sin perjuicio de la retención en la fuente del Impuesto a la Renta sobre el total de los intereses.

Los sujetos pasivos procederán a la correspondiente reliquidación del impuesto, sin perjuicio de la facultad determinadora de la Administración Tributaria cuando la relación de endeudamiento se modifique.

Se entenderá como endeudamiento externo, el total de deudas contraídas con personas naturales y personas jurídicas del exterior.

A efectos de la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador que se debe aplicar a los créditos externos, será aquella vigente a la fecha del registro del crédito en el Banco Central del Ecuador, de conformidad con la ley. Si la tasa del crédito externo excede la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador para créditos del exterior, no serán deducibles los intereses en la parte excedente de las tasas autorizadas. No serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición. (La negrilla y el subrayado me pertenecen).

Los intereses que se deriven de créditos obtenidos para el giro del negocio la Ley estipula que son considerados como gastos deducibles del pago del Impuesto a la Renta siempre y cuando cumpla con ciertas condiciones como:

- ✓ Que el crédito esté debidamente registrado en el Banco Central del Ecuador.
- ✓ Que la tasa pactada en el préstamo no exceda a la tasa vigente a la fecha del registro en el Banco Central del Ecuador, toda vez que el exceso no se considerará como deducible.

De manera puntual la Ley y, mucho más detallado en el respectivo Reglamento, menciona que cuando el crédito sea concedido entre partes relacionadas de manera directa o indirecta debe cumplir, adicional a las condiciones antes descritas, las siguientes:

- ✓ Para las sociedades, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300%.

- ✓ Para las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y los activos totales no exceda del 60%.
- ✓ Para las sucursales extranjeras, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y el patrimonio asignado no exceda del 300%. No se considerarán créditos externos los recibidos de sus casas matrices.

Si bien es cierto que desde que entró en vigencia la Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador, el 27 de diciembre de 2007, una de las novedades fue este límite que se estableció en cuanto a los créditos concedidos entre partes relacionadas, hasta el día de hoy no hay norma expresa que señale la imposibilidad de que partes relacionadas puedan otorgarse créditos entre sí; lo que dentro del Reglamento se señala es que cuando el crédito sea otorgado por la casa matriz de determinada compañía no se considerará como tal, pero nada puntual en cuando a partes relacionadas.

De igual forma es importante conocer que cuando los intereses se realizan por créditos concedidos en el exterior dichos pagos están sujetos a la normativa estipulada en las normas tributarias referentes a la retención que debe efectuarse en pagos al exterior y de igual manera cuando quien ha otorgado el crédito se encuentra domiciliado en un país con el cual Ecuador mantiene suscrito un Convenio para evitar la doble imposición.

1. Tratamiento retención en la fuente por pagos al exterior

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en cuanto a pagos al exterior expresa lo siguiente:

- ✓ **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.

El Reglamento para la aplicación a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno señala:

> ***Art. 30.- Deducción por pagos al exterior.***-Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas.
>
> Los pagos efectuados al exterior son deducibles siempre que se haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del Impuesto a la Renta. Si el sujeto pasivo omitiere la retención en la fuente, será responsable del pago del impuesto, caso en el cual el valor de la retención deberá ser considerado como gasto no deducible en la conciliación tributaria de su declaración del impuesto a la renta para el ejercicio fiscal correspondiente.

De acuerdo al Art. 8, numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI), los pagos que realicen las sociedades con domicilio en el Ecuador a favor de sociedades extranjeras, constituyen ingresos de fuente ecuatoriana, estando por lo tanto, según las reglas generales, gravados con el impuesto a la renta en el Ecuador. Es así que en virtud de lo señalado en el Art. 13 de la LRTI, en concordancia con el Art. 30 de su Reglamento de Aplicación, las sociedades domiciliadas en el Ecuador en su calidad de agentes de retención del impuesto a la renta, están obligadas a retener el 22% del impuesto a la renta en los pagos o créditos en cuenta que realicen al exterior y que constituyan rentas gravadas por las leyes tributarias ecuatorianas.

2. Tratamiento del pago de intereses al exterior en aplicación de los convenios para evitar la doble imposición

De manera referencial, el convenio modelo de la OCDE autoriza al Estado de la fuente a gravar hasta con el 10% a los intereses pagados a una sociedad extranjera (...).[61]

Es importante establecer que el pago de intereses por créditos obtenidos de personas jurídicas o naturales que se encuentran domiciliadas en países con los que Ecuador mantiene suscritos Convenios para evitar la doble imposición en cuanto a la retención en la fuente que se realiza por los mismos, está sujeto a las siguientes reglas:

En relación a la aplicación del Convenio, el Reglamento para la Aplicación de Ley de Régimen Tributario Interno señala:

---

[61] Félix Alberto Vega Borrego, *La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario.* Crónica Tributaria No. 104. Madrid: 2002, p. 2.

✓ Art. 31.- Certificación de los Auditores Independientes.- A efectos de comprobar la pertinencia del gasto, en el caso de pagos o créditos en cuenta que no constituyan ingresos gravados en el Ecuador, pagos al exterior en aplicación de convenios de doble tributación por transacciones realizadas en un mismo ejercicio fiscal y que en su conjunto superen una fracción básica desgravada de impuesto a la renta para personas naturales y en otros casos en los que de acuerdo con la Ley de Régimen Tributario Interno y este reglamento se establezca la necesidad de contar con una certificación de auditores independientes que tengan sucursales, filiales o representación en el país, dicha certificación necesariamente deberá ser realizada por los auditores independientes en el exterior, respecto a la verificación de dichos costos y gastos; pudiendo, en lo que respecta a la pertinencia del gasto, la necesidad de efectuarlo para generar el ingreso y el análisis de este último respecto a si es gravado o no con el Impuesto a la Renta, ser realizado por la sucursal, filial o representación de ese mismo auditor independiente en el país; el certificado se emitirá en idioma castellano

a) Detalle del beneficiario del pago y del reembolso si aplica;
b) Fecha del pago o crédito en cuenta. En caso de reembolso se incluirá en el detalle la fecha de la realización de los pagos por concepto de costos y gastos efectuados objeto del reembolso;
c) Cuantía del gasto y reembolso si aplica;
d) Descripción uno a uno de los costos y gastos realizados, incluso para el caso del reembolso;
e) En el caso de gastos indirectos asignados desde el exterior, se incluirá el método de asignación utilizado y el análisis de los procedimientos previamente convenidos;
f) Confirmación de que la revisión efectuada por los auditores externos, fue por la totalidad de los gastos pagados o reembolsados y no fue realizada bajo ningún método de muestreo; y,
g) Autenticación del cónsul ecuatoriano más cercano al lugar de su emisión; esta autenticación no será necesaria para los pagos realizados al exterior por entidades y empresas públicas.

Así mismo, la parte de la certificación de los auditores independientes en el país deberá contener al menos lo siguiente:

1. Nombre y número de RUC de quien realizó el pago.
2. Análisis de la pertinencia del gasto para el desarrollo de la actividad económica en el Ecuador o en el exterior, y la descripción del ingreso para el cual fue efectuado.
3. Calificación del ingreso que remesa la compañía al exterior conforme al convenio de doble tributación en caso de que aplique; y verificación de que quien recibe el pago es el beneficiario efectivo.
4. Justificación de la razón por la cual no sería un ingreso gravado en Ecuador, en el caso que aplique.

Adicionalmente el artículo 134 del mencionado Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno dispone:

> ✓ Art. 134.- Retenciones en casos de convenios para evitar la doble tributación.- Para que puedan acogerse a los diferentes porcentajes de retención fijados en los convenios internacionales firmados por el país, con el fin de evitar la doble imposición internacional, los contribuyentes deberán acreditar su residencia fiscal con el respectivo certificado emitido para el efecto por la autoridad competente del otro país, con la traducción al castellano, de ser el caso, y autenticada ante el respectivo Cónsul ecuatoriano. Dicho certificado deberá ser actualizado cada seis meses sin perjuicio del intercambio de información contenida en las respectivas cláusulas del convenio.

De la normativa anteriormente citada, resulta importante mencionar que de conformidad con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, se encuentran exentos del pago del impuesto a la renta aquellos ingresos regulados en Convenios Internacionales suscritos por la República del Ecuador.

Bajo este orden de ideas, cabe mencionar que el Ecuador mantiene suscrito Convenios para evitar la doble imposición con los siguientes países:

- Suiza
- Brasil

- México
- España
- Chile
- Bélgica
- Canadá
- Francia
- Italia
- Alemania
- Uruguay
- Rumania
- CAN (Colombia, Perú y Bolivia).

Es por ello que para aplicar cada caso se deberá fijar detenidamente y de manera puntual en la cláusula de cada Convenio donde se haga alusión a los porcentajes de retención por concepto del pago de intereses.

Ahora bien, no es por demás mencionar que de conformidad con las normas antes mencionadas, a efectos de utilizar el beneficio tributario previsto en los Convenios para evitar la Doble Imposición, y que además el gasto efectuado sea perfectamente deducible, se debe contar con la siguiente documentación de sustento:

- ✓ Factura del proveedor del exterior: se debe contar con la respectiva factura emitida por la compañía del exterior, en la cual conste plenamente identificado el contribuyente en el Ecuador que utilizará dicho gasto.
- ✓ Comprobante de Retención: se deberá emitir un comprobante de retención en la fuente, con el porcentaje de acuerdo a cada Convenio, indicando además que se ha aplicado el Convenio para Evitar la Doble Imposición suscrito entre el país correspondiente y Ecuador.
- ✓ Certificado de Residencia Fiscal: se debe contar con un certificado de residencia fiscal de la compañía beneficiaria, emitido por la Administración Tributaria competente en el exterior. Dicho certificado debe estar apostillado o legalizado ante Cónsul Ecuatoriano en el país del exterior.
- ✓ Certificado de Auditores Externos: si los pagos al exterior en aplicación de convenios de doble tributación son por transacciones realizadas en un mismo

ejercicio fiscal y que en su conjunto superen una fracción básica desgravada de impuesto a la renta para personas naturales se deberá contar con un certificado emitido por auditores externos con sucursales, filiales, etc., en Ecuador y el país correspondiente, los cuales certificarán: 1) la pertinencia del gasto, 2) la realización del gasto efectivo, 3) la necesidad para efectuarlo para generar el ingreso, y, 4) el análisis de si se trata de un ingreso gravado o no con el Impuesto a la Renta. Dicho debe estar apostillado o legalizado ante Cónsul Ecuatoriano en el país del exterior.

- ✓ Materialidad de la operación: se deberá contar con documentos, informes, contratos, etc., que demuestren la materialidad de la operación.

En cuanto a los intereses que es el concepto por el pago al exterior que se realiza y en concordancia con los Convenios para evitar la doble imposición a continuación señalo un resumen de los porcentajes de retención plasmados en los mismos:

País con el que se suscribió el Convenio	**Tarifa máxima aplicable a intereses**
Alemania	15%
Bélgica	15%
Brasil	15%
Canadá	15%
Chile	15%
Italia	15%
España	15%

Rumania	15%
Suiza	15%
Uruguay	15%

El Convenio Internacional de la CAN para evitar la doble imposición en su Art. 10 señala que los intereses y demás rendimientos financieros sólo serán gravables en el País Miembro en cuyo territorio se impute y registre su pago.

B. Conceptos de Subcapitalización utilizados por la Administración Tributaria dentro de las glosas determinadas.

Una vez que se ha descrito la norma que regula el tratamiento de intereses a efectos de su deducibilidad dentro del Impuesto a la Renta, es importante adentrarse en el tema central del presente trabajo y conocer cuáles son los criterios que la Administración Tributaria ha mantenido en diferentes determinaciones para establecer como gasto no deducible el pago de los intereses por concepto de créditos obtenidos para el giro del negocio.

Este criterio mantenido por la Administración Tributaria es reciente toda vez que como se mencionó en el capítulo segundo el fenómeno por así llamarlo de la subcapitalización es reciente en materia tributaria en nuestro país.

De la investigación realizada se deduce que desafortunadamente en la actualidad no existe Jurisprudencia que respalde un criterio sobre el tema, sin embargo en los últimos años se han conocido de algunas sentencias al respecto emitidas por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

El estudio del presente capítulo se basa en dos casos puntuales los cuales serán analizados detenidamente, el primero un proceso que se encuentra aún en litigación referente a la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLUEM SERVICE ECUADOR S.A. en el cual se puede estudiar con más amplitud todos los criterios manifestados por la Administración Tributaria, y lo relevante del mismo es un cambio

discrecional por parte de esta Institución al momento de emitir la Resolución que atiende al Reclamo Administrativo, y el segundo caso una sentencia de la compañía SCHLUMBERGER SURENCO S.A. Sucursal Ecuador la cual fue pionera en cuanto a establecer de alguna manera un criterio sobre el análisis por parte de los jueces en referencia a las glosas por subcapitalización.

1. SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE DEL ECUADOR S.A.

Como ya se ha señalado he tomado como estudio para el presente trabajo este proceso que si bien aún no hay una sentencia y por lo tanto un pronunciamiento por parte de los jueces al respecto, es relevante conocer los criterios mantenidos por parte de la Administración Tributaria que lo plasmó en el Acta de Determinación que se mencionará adelante y lo novedoso del caso es el cambio de criterio por parte de la misma al momento de motivar la Resolución que atiende el Reclamo Administrativo interpuesto por el contribuyente.

a) Antecedentes

- ✓ La compañía **SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. (SINOPEC)**, es una compañía legalmente constituida de acuerdo con la legislación ecuatoriana, es decir es una compañía local.

- ✓ Con fecha 6 de febrero de 2009, se notificó a la compañía con la Orden de Determinación No. 2009170004, mediante la cual se inicia el respectivo procedimiento determinativo del Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio fiscal 2006, tras haber agotado todo el procedimiento en vía administrativa, con fecha 19 de octubre de 2010 se emitió la resolución No. 117012010RREC033913 en la cual se niega el reclamo administrativo de impugnación al Acta de Determinación No. 1720100100059 correspondiente al Impuesto a la Renta 2006.

- ✓ Dentro de los veinte días posteriores la compañía presentó una acción contencioso tributaria ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, juicio que fue signado bajo el No. 17501-2010-0165 y que cayó para conocimiento de los Jueces de la Primera Sala de dicha Institución.

b) Análisis del caso

Dentro de la Resolución No. 117012010RREC033913 emitida por la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas se establece de manera puntual una glosa por concepto de pagos al exterior, la misma que está compuesta de dos conceptos para efectos de este trabajo solo analizaré el segundo componente de la glosa referente a la subcapitalización.

c) Glosa Respecto a Intereses al exterior por pago de Importaciones y Préstamos

Dentro de la resolución señalada la Administración Tributaria detalla:

> La compañía **SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE DEL ECUADOR S.A. registró el valor de USD. 1 611 080,69 en la casilla 757 de INTERESES PAGADOS A TERCEROS AL EXTERIOR** de su declaración de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006, (...)
>
> Conforme consta en el Acta de Inspección Contable No. RNO-CDIACCS09-00024, dentro del valor registrado como INTERESES PAGADOS A TERCEROS AL EXTERIOR se encuentran los generados por el financiamiento otorgado en la **compra de maquinarias a la compañía relacionada SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION, por un monto de USD 682 287,42**, y los intereses generados por **dos créditos externos, cuyos montos de contratación fueron de USD. 28 633 228,00, efectuados con las compañías CENTURY BRIGHT CAPITAL INVESTMENT LIMITED, SINOPEC INTERNATIOAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION y ZPEB MEDDLE EAST FZE los cuales generaron intereses por USD**
>
> **928 739,21**en el año 2006.[62]

Intereses generados por créditos externos

[62]Resolución No. 117012010RREC033913, emitida por la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, de fecha 10/10/2010.

Es importante mencionar que la Administración Tributaria fundamentó el Acta de Determinación precedente de la resolución impugnada en los únicos y exclusivos argumentos que se detallan a continuación:

Intereses generados por créditos externos

De acuerdo a la información presentada por el contribuyente, se registraron dentro de la casilla 757 los intereses generados por varios créditos externos cuyos montos de contratación fueron de USD. 3 600 000,00 y USD.

4 600 000,00 efectuados con la compañía CENTURY BRIGHT CAPITAL INVESTMENT LIMITED domiciliada en la ciudad de Hong Kong, Territorio de China, empresa relacionada conforme lo expresado en el Informe de Cumplimiento Tributario presentado el día 04 de junio de 2007 a la Administración Tributaria y en la página web del grupo económico SINOPEC, nueve créditos más contratados con la compañía SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION por montos que totalizaron USD 19 713 228,00 y un crédito concedido por la compañía ZPEB MEDDLE EAST FZE domiciliada y constituida intereses cargados como gasto por USD 970 681,45 durante el ejercicio fiscal 2006.

De la información entregada por el contribuyente, se verificó que dentro del gasto de intereses al exterior por USD 970 681,45, se incluye el valor de USD 41 888,24 que correspondió a la fracción del gasto por intereses de dichos préstamos que excedieron las tasas permitidas por el Banco Central del Ecuador, el mismo que fue contabilizado en la cuenta contable N° 6.1.1.1.03.18 de "Multas e intereses", la cual está registrada en la casilla 761 de OTROS GASTOS LOCALES. Dicho valor fue considerado por el contribuyente como gasto no deducible en su declaración de Impuesto a la Renta.

(...) De lo expuesto por el artículo 17 del Código Tributario, podemos establecer que el mencionado artículo desarrolla dentro de la legislación nacional, el conocido principio universal "substanz versus form"; por lo tanto, los actos del contribuyente deberán tener "suficiente sustancia económica para ser respetados para fines tributarios". Es decir, se trata de averiguar tanto la

"sustancia económica objetiva de las transacciones" como la "motivación de negocios subjetiva que está detrás de las mismas". (...) Consecuentemente, con el objeto de determinar la verdadera naturaleza de estas transacciones, se analizarán los siguientes aspectos: (...)

a. Los acreedores y su relación con el contribuyente

(...) De acuerdo con la información obtenida durante el proceso de determinación, del Informe de Auditores Independientes sobre el Cumplimiento de las Obligaciones Tributarias, en la página Nº 5, Anexo 1 del mencionado informe, y de la información obtenida de la página web de la corporación SINOPEC, se ha podido verificar que las empresas CENTURY BRIGHT CAPITAL INVESTMENT LIMITED, SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION y ZPEB MEDDLE EAST FZE son compañías relacionadas con SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM EXPLORATION AND PRODUCTION CORPORATION que, como se mencionó con anterioridad, tiene la mayor participación accionaria en la compañía SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A., por lo tanto las cinco compañías se encuentran relacionadas entre sí, ya que forman parte del mismo grupo consolidado SINOPEC CORPORATION (...)

Además, cabe indicar que las empresas prestamistas y prestataria al ser compañías relacionadas, constituyen un solo "conjunto económico" y no puede existir entre ellas una relación deudor-acreedor. En definitiva, no se puede contratar consigo mismo, hecho innegable atendiendo a la realidad económica; por lo tanto, las figuras de préstamos y financiamiento adoptadas en este caso, revelan una forma de provisión de fondos de los accionistas para cumplir con las finalidades operativas de la compañía.

Al no existir independencia entre ellas y al estar unidas por el lazo del control con su compañía matriz, debe concluirse que los montos otorgados bajo el concepto de préstamos y de financiamiento en la adquisición de maquinaria, son en realidad provisiones de fondos que sustituyen al aporte patrimonial que

debe realizar su empresa matriz, tal como ha quedado demostrado; razón por la que dicho gasto no se ajusta al presupuesto jurídico establecido (...)

b. Condiciones contractuales de los *préstamos*

(...) En todos los contratos, se observa que se utilizaron, en unos casos, las tasas máximas de interés y, en otros, tasas superiores a las establecidas por el Banco Central del Ecuador a la fecha de suscripción de los contratos.

Cabe señalar que en los contratos originales firmados, no se establecieron cash colaterales ni tampoco algún tipo de garantía; como tampoco se especifica de manera clara las formas como se van a cobrar las deudas en caso de incumplimiento de pago por parte de SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. a sus compañías relacionadas. (...)

Si no existen garantías, en caso extremo las pérdidas deberán ser asumidas por los prestatarios que, como se mencionó anteriormente, son empresas relacionadas; es decir, el riesgo de pérdida es asumido por el mismo grupo, tal y cómo funcionan las provisiones de fondos. (...)

Estas condiciones demuestran que no existe un verdadero crédito ya que en condiciones de mercado si los créditos hubieren sido concedidos por un tercero totalmente independiente, el acreedor solamente hubiere desembolsado los fondos, luego de corroborar la capacidad de pago del prestatario y de exigir las garantías necesarias que permitan minimizar el riesgo de no cumplimiento de las obligaciones contraídas; además, bajo ninguna circunstancia el acreedor permitiría el no pago de capital.

El diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima edición define la palabra acreedor como aquella persona que tiene acción o derecho para exigir el cumplimiento de alguna obligación. Es decir, que a pesar de que una de las partes no cuente con los medios necesarios para cumplir con su obligación, éste persiste; así en caso de insolvencia del prestatario sus acreedores mantienen la facultad de requerir el cumplimiento de dicha obligación. (...).

Consecuentemente, se establece que los montos transferidos a la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A.

bajo la figura de *créditos*constituyen provisiones de fondos patrimoniales de la relacionada del mismo grupo, domiciliada en Hong Kong, a la compañía ecuatoriana.

En los contratos de los préstamos de la compañía se establece las tasas de interés que exceden la máxima referencial establecida por el Directorio del Banco Central del Ecuador vigente a la fecha de registro de los contratos; por lo que se evidenciaría la intención desde un inicio de beneficiarse al máximo de esta operación con la figura de préstamo. (...)

c. Pagos de capital e intereses generados por los *préstamos*

(...) Se puede observar que durante los años 2006 y 2007, se cancelaron montos de capital por USD. 8 707 012,10 y USD 3 428 075,32, respectivamente; e intereses de dichos préstamos por USD 2 159 959,06 y USD 1 983 003, respectivamente.

(...) Ante lo indicado se puede concluir lo siguiente:

a. Se indicaron en las transferencias bancarias la cancelación de los intereses de los créditos recibidos y abonos de capital, que fueron efectuados en períodos posteriores a los plazos máximos fijados en los contratos suscritos con las compañías relacionadas.

b. La cancelación de intereses correspondiente al préstamo de USD 4 600 000,00 concedido por CENTURY BRIGHT CAPITAL INVESTMENT LIMITED, fue efectuado a la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION quien se registró como beneficiaria del mismo

c. En el caso de que los montos por capital e intereses fueran pagados en ejercicios fiscales posteriores al 2006 (posteriores a los plazos indicados en los contratos originales), corresponden al pago parcial de los supuestos créditos pues queda evidenciado que la compañía ya se benefició por el ejercicio fiscal 2006 del gasto financiero generado por éstos. (...)"

e. Indicadores financieros

Con la finalidad de establecer el efecto de los créditos en las operaciones de la compañía, se realizó un análisis financiero del Balance General del contribuyente al 31 de diciembre del año 2006 (...)

Estos índices demuestran (...) el capital del contribuyente y la baja rentabilidad de sus operaciones eran insuficientes para garantizar el pago del capital y los intereses de nuevas obligaciones contraídas; en estas condiciones un tercero independiente en situación de mercado no habría otorgado un crédito de esas proporciones a la compañía por el riesgo de irrecuperabilidad del crédito.

Por todos los argumentos expuestos, y una vez que analizadas las condiciones económicas y contractuales, las cuales se resumen a continuación, se concluye que los montos transferidos bajo el concepto de préstamos constituyeron aportes patrimoniales de la relacionada del exterior a su relacionada ecuatoriana (...)

Finalmente, se concluye que los montos transferidos bajo el concepto de préstamos constituyeron aportes patrimoniales de la relacionada del exterior a su relacionada ecuatoriana, dado que existen únicamente dos formas en las que se puede financiera a una empresa:

1) Con fondos propios, esto es a través de la aportación del capital de los socios y registrada en cuentas patrimoniales.

2) A través de fondos de terceros, esto es mediante préstamos y/o emisión de obligaciones que son registrados en cuentas de pasivo. (...)

Consecuentemente, y de conformidad con las razones expuestas en los párrafos precedentes y al artículo 17 del Código Tributario, la Administración Tributaria no considerará para efectos del cálculo del Impuesto a la Renta, el gasto registrado por la compañía por USD. 1 611 080,69 en el casillero 757 con cargo a resultados, correspondiente a intereses pagados al exterior, por lo que

dicho rubro, será excluido del total de costos y gastos conforme al análisis realizado en la presente Acta de Determinación. (...).[63]

d) Criterios de la Administración Tributaria

Según lo expuesto por parte de la Administración Tributaria se puede identificar los criterios y argumentos en los cuales se ha basado para desconocer el gasto y por ende establecer la glosa:

- ✓ **Esencia sobre la forma.** La Administración Tributaria sostiene que en base al principio de esencia sobre la forma, los créditos externos no son tal, toda vez que más bien en su criterio se asemejan a una provisión de fondos o aportes patrimoniales.

- ✓ **Partes relacionadas.** La Administración Tributaria sostiene que la compañía SINOPEC, es una compañía relacionada con las compañías SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION, SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM EXPLORATION AND PRODUCTION CORPORATION, CENTURY BRIGHT CAPITAL INVESTMENT LIMITED, y ZPEB MEDDLE EAST FZE. Por lo tanto, al tratarse de un solo conjunto económico, no puede haber una relación deudor-acreedor, toda vez que no se puede negociar consigo mismo.

  La Administración Tributaria acude en apoyo a las Doctrinas de la Superintendencia de Compañías, según la cual la Casa Matriz no puede ser acreedora de una Sucursal, toda vez que esta última es solo un brazo ejecutor de la primera, y es inconcebible que se contrate con uno mismo.

- ✓ **Falta de Garantías.** La Administración Tributaria considera que no se puede considerar como créditos externos, toda vez que no se contrataron cash colaterales, ni ningún tipo de garantía, por lo que nadie hubiese dado un crédito en esas condiciones, por lo que la operación se asemeja más a criterio de la Administración a la provisión de fondos que a un crédito externo.

---

[63] Acta de Determinación No. 1720100100059, emitida por la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas a la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. de fecha 9/04/2010, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006.

- ✓ **Análisis financiero (Falta de capacidad de pago y riesgo de incobrabilidad)** La Administración Tributaria señala que analizando los Estados Financieros de SINOPEC, se desprende que existía falta de capacidad de pago, y acude a la definición de acreedor según el Diccionario de la Real Academia.

  Finalmente, la Administración Tributaria considera que por las condiciones pactadas en los créditos externos, existe un riesgo de incobrabilidad, por lo que con partes independientes no se hubiese dado un crédito externo, sino solo un aporte futura capitalización.

e) Argumentos presentados por parte de la compañía

Dentro del escrito de demanda presentada por parte del contribuyente como argumentos en contra de esta glosa se hace el siguiente análisis, en base a cada uno de los criterios manifestados por la Administración Tributaria:

Esencia sobre la forma

De conformidad con el marco conceptual de la NIC-NIIF, cuando las disposiciones legales establecen la existencia de "normas superiores" obligatoriamente se atenderán éstas para reconocer los hechos económicos conforme a su esencia y formalismos. Expresamente se da la categoría de "norma superior" a las disposiciones de carácter tributario, de tal suerte que cuando se presenten incompatibilidades entre estas y las de carácter contable, prevalecerán las primeras, por lo tanto, resulta impracticable e impertinente desatender la norma tributaria so pretexto de "hurgar subjetivamente en la esencia" de la transacción como mal pretende el SRI.

Debido a ello, argumentamos ante la Administración Tributaria que lo ésta pretendía con su criterio, era concluir que las relaciones crediticias de mi representada, no fueron tales, sino una simple relación de aportes patrimoniales o provisión de fondos, por tratarse de relaciones entre un mismo grupo económico, y por tanto no poder existir relaciones de acreedor-deudor, ya que

según el criterio equivocado de la Administración Tributaria "no se puede contratar consigo mismo.[64]

Dentro de los argumentos planteados por la Administración Tributaria se establece de igual manera que en base a la Doctrina 147 de la Superintendencia de Compañías, la cual señala:

Por lo expuesto, aparece evidente que la compañía o empresa extranjera y su sucursal en el Ecuador son una sola entidad de derecho y, por serlo, no cabe que la matriz preste dinero o bienes muebles, a su sucursal en Ecuador, visto que en el inadmitido caso de que ello ocurriere el préstamo sería a sí mismo, lo cual luce ilógico e inaceptable (...) si bien la norma es bastante clara respecto de esta alegación como bien manifiesta el contribuyente "argumentamos que SINOPEC no era ni es una sucursal de ninguna compañía extranjera, mucho menos de las compañías acreedoras, como el Servicio de Rentas Internas señala, sino que es una empresa subsidiaria, y que por tanto la Doctrina citada por la Superintendencia de Compañías, sobre la cual fundamenta la glosa, no es aplicable como fundamento de la glosa, toda vez que se refiere a que no es posible que existen relaciones crediticias entre la compañía extranjera y su sucursal en el Ecuador por tratarse de la misma persona jurídica, que tan solo se ha sometido a un proceso de domiciliación en el Ecuador para realizar actividades económicas, situación en la cual no se encuentra SINOPEC.[65]

Partes relacionadas

En cuanto a la manifestación que realiza la Administración Tributaria en cuanto a que no es posible que se dé una operación crediticia entre partes relacionadas el contribuyente en su demanda manifiesta lo siguiente:

Adicionalmente, argumentamos ante la Administración Tributaria y ahora ante el Tribunal que el hecho de que las partes sean relacionadas no quiere decir que no puedan tener relaciones comerciales entre ellas, de la misma manera en que entre independientes existirían, al contrario este criterio errado que en algún

[64]Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.
[65]Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

momento pudo tener la Administración Tributaria ha quedado hoy superado por la fuerza los hechos, toda vez que en la última reforma tributaria del año 2008 y su posterior reglamentación, claramente se permite que las sociedades contraten créditos con partes relacionadas, siempre y cuando exista una relación determinada entre el total de endeudamiento y el patrimonio que no exceda del 300%.

Lo dicho claramente demuestra que el ordenamiento ecuatoriano permite que se den relaciones crediticias entre partes relacionadas, y por tanto, el sistema de precios de transferencia, tiene como objetivo fundamental el "controlar que las operaciones escogidas por las partes relacionadas se ajusten al principio de plena competencia", es decir que estén a precios de mercado, para no beneficiarse de un gasto excesivo, pero no por ello la Administración Tributaria a pretexto de interpretar las normas tributarias puede sostener que no solamente que el gasto es excesivo (como correspondería si la operación no está a precio de mercado), sino que no existió la operación porque no es posible la contratación con uno mismo, cuando como lo hemos demostrado hasta la saciedad, se trata de personas jurídicas (si bien relacionadas) distintas.

Reiteramos que en el presente caso, pese a que se trataba de partes relacionadas los créditos fueron contratados a tasas de interés a precios de mercado, respetando los límites máximos previstos por el Banco Central a la fecha de contratación, y sobre el excedente se lo consideró como gasto no deducible, conforme la misma Administración Tributaria reconoce, por lo que mal se podría sostener que las relaciones crediticias son inexistentes.[66]

Falta de Garantías

En referencia al argumento que se señala en el Acta de Determinación referente a la no existencia de garantías para los préstamos el contribuyente señala:

Adicionalmente a lo expuesto, la Administración Tributaria ilegalmente sostiene que los créditos no tienen cash colaterales, ni ninguna forma de

[66]Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

garantía, por lo que no puede considerarse que hubiesen existido créditos a favor de SINOPEC.

Sobre este punto sostuvimos ante la Administración Tributaria, y ahora ante el Tribunal Distrital que los contratos de garantía no son elementos constitutivos de la relación crediticia, sino que son accesorios, por tanto pueden existir, como no, sin que esto afecte la naturaleza del crédito. No hay norma en el derecho ecuatoriano que estipule que para la perfección de un contrato de préstamo se requiera de garantías o colaterales. En todo caso al ser ésta una afirmación del SRI la Sala debe conminarla a demostrar el fundamento jurídico exacto, y no meramente especulativo a la luz de una mala interpretación doctrinaria.

La obligación accesoria es aquella que está subordinada a otra a la que llamamos principal, o la que acompaña a ésta para su complemento o garantía, por lo que de darse la nulidad o extinción de la obligación principal, implica la nulidad o extinción de la obligación accesoria; por el contrario, el contrato principal puede subsistir aún si la accesoria no existe, es anulada o es extinta.

En apoyo de lo dicho, el profesor Manuel de Somarriva U, define al contrato de garantía como uno de "los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor.

Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se pueden otorgar algunos tipos de garantías (contratos accesorios que aseguran un contrato principal), entre las más conocidas, la caución, la fianza, la hipoteca y la prenda, sin embargo, en ningún caso se establece que el contrato accesorio es inherente al contrato principal, es decir que sin el contrato accesorio, el principal no exista, como la Administración Tributaria sostiene, al sostener que un contrato de crédito externo (contrato principal), sin cash colaterales o algún otro tipo de garantía (contrato accesorio), no es un crédito externo, pues como se ha demostrado en derecho, la falta garantía per se no afecta la existencia del crédito.

Además, señores Magistrados en nuestro reclamo administrativo argumentamos frente a la Administración Tributaria que la implementación de garantías es un instrumento utilizado por el acreedor para la recuperación más

rápida de su acreencia, más no por ello, el acreedor que no pactó garantías, pierde el derecho de demandar en la sede que fuere pertinente la honra de su obligación, por lo que resulta descabellada la argumentación del SRI de sostener que por la no suscripción de garantías, las partes no pactaron un crédito en su "esencia económica.[67]

Finalmente, se argumentó ante la Administración Tributaria que la no suscripción de garantías no implica que los créditos estuvieran a fuera del mercado, toda vez que precios de transferencia solo deberá regular si los intereses pactados se ajustan al principio de plena competencia.

Análisis financiero sobre el riesgo de incobrabilidad

En concordancia de lo que manifestaba el argumento anterior señala el contribuyente que bajo esta misma línea argumental, la Administración Tributaria acudió en defensa de la glosa interpuesta a otro argumento ilegal, toda vez que señala que analizando los Estados Financieros de SINOPEC, se desprende que existía falta de capacidad de pago.

En este sentido, cabe recordarle a la Administración Tributaria que la legislación vigente a la época, al contrario de la actual, no establecía la obligación de que se realizarán los pagos efectivamente para que los intereses sean deducibles, por lo que el hecho de los pagos se hubiesen realizado luego de las fechas establecidas contractualmente, en nada afecta eso la deducibilidad del gasto, y máxime si en los años posteriores los créditos fueron pagados.

En este sentido, la propia Administración Tributaria afirma que '(...) la cancelación de los intereses de los créditos recibidos y abonos de capital, fueron efectuados en períodos posteriores a los plazos máximos fijados en los contratos suscritos con las compañías relacionadas.' Como puede verse, las aseveraciones del Servicio de Rentas Internas entran en franca contradicción, ya que por una parte afirma especulativamente y sin sustento alguno, que no hay capacidad de pago, y los hechos indican que la deuda se pagó apenas unos meses después.

---

[67]Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

> Adicionalmente, cabe señalar que es equivocado el criterio de la Administración Tributaria de considerar que por las condiciones pactadas en los créditos externos, existe un riesgo de incobrabilidad, por lo que con partes independientes no se hubiese dado un crédito externo, sino solo un aporte futura capitalización, toda vez que al contrario, precisamente en el contexto de que son partes relacionadas, es que se permiten ciertas licencias para conceder créditos, pero esto no implica que no se sujeten al sistema de precios de mercado, ni mucho menos no existan.[68]

Una vez que he expuesto los argumentos tanto de la compañía como de la Administración Tributaria, me permito realizar un análisis en base a lo manifestado por las partes.

Es importante puntualizar que la determinación bajo este criterio nace como consecuencia de un crédito otorgado a la compañía local SINOPEC INTERNACIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A., que al respecto enfatizo en que no se trata de una compañía sucursal sino de una compañía local constituida bajo la legislación ecuatoriana, por lo que la norma citada como argumento por parte de la Administración Tributaria no sería correcta tomando en cuenta que no se trata de un caso entre casa matriz y sucursal como lo he manifestado, de igual forma se considera que los otros créditos concedidos los han realizado compañías relacionadas que forman parte del mismo grupo por lo que no podría existir una relación independiente de deudor-acreedor, si bien para el ejercicio determinado no había norma como en la actualidad que establezca la limitación cuando un crédito es concedido por partes relacionadas, tampoco existía norma que prohibiera tales transacciones por lo que me parece errado el criterio de la Administración Tributaria, al respecto me permito enfatizar en que el problema nace de la falta de una norma específica que regule ya sea limitando o a su vez prohibiendo determinadas operaciones entre compañías relacionadas.

En relación a los otros argumentos como falta de garantías en los créditos y el riesgo de incobrabilidad considero que es fundamental que la Administración Tributaria realice

---

[68] Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

un análisis detallado para identificar si las transacciones y en este caso los créditos se realizaron respetando precios de mercado, así como que las mismas hayan sido para el giro del negocio requisito fundamental de deducibilidad como dentro de los criterios de la glosa se han evidenciado, sin embargo del análisis del caso se observó que la compañía solicitó los créditos para la compra de maquinaria y demás transacciones direccionadas totalmente con el giro del negocio además los requisitos para la deducibilidad de los intereses por créditos no estipulan el establecimiento de garantías, u otros parámetros, únicamente manifestaba la norma vigente a esa época que el crédito debía estar registrado en el Banco Central y bajo las tasas establecidas, es correcto por ello que los montos que superaron dichas tasas no deban ser considerado como gasto deducible.

f) Cambio de criterio por parte de la Administración Tributaria en la Resolución que atiende el Reclamo Administrativo.

Dentro del caso en estudio es algo muy relevante analizar que la parte actora sostiene un cambio de los criterios y argumentos manifestados por la Administración Tributaria durante todo el proceso de determinación y por ende lo que se encuentra plasmado en el Acta de Determinación, el Servicio de Rentas Internas modificó y le dio una nueva interpretación la cual la plasmó en la Resolución motivo de esta impugnación, misma que me permito analizar adelante y cuyo contenido del acto administrativo detallo a continuación:

(1) Nuevo criterio de la Administración Tributaria

Dentro de la Resolución No. 117012010RREC033913 se establece un nuevo criterio que encasilla a las transacciones realizadas en un caso de subcapitalización, para lo cual describo textualmente el contenido de la Resolución en cuanto a este punto:

"Intereses generados por créditos externos

(...) 4.9. Si bien es cierto el numeral 3 del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno prevé la deducibilidad de gastos originados en pagos de intereses causados en operaciones de financiación, no se debe perder de vista el hecho cierto de la constatación de los presupuestos económicos y legales de los que derive la existencia real de la operación efectuada.

4.10. Dicho de otra forma: "el principio a aplicar es el del tratamiento económico de la operación, según el cual la verdadera naturaleza de esta prevalece sobre la forma escogida y, por consiguiente, los fondos procedentes del endeudamiento frente a sociedades del grupo representan en realidad y bajo las condiciones apuntadas aportaciones de capital. Fiscalmente, los intereses pagados en exceso son considerados como dividendos y, al mismo tiempo que la pagadora no podrá deducir los intereses recalificados de su base imponible,..."[1]
(...)

4.13 Por tanto, "el intérprete deberá atribuir a las situaciones y actos una significación acorde con los hechos toda vez que del análisis de la norma surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica".

4.14. Así, para que una empresa sea sujeto de crédito y según la técnica financiera, ningún prestamista otorgaría un crédito a una empresa que de acuerdo a sus condiciones económicas no fuere capaz de cubrir sus deudas en un plazo determinado, y por esta razón los bancos o una compañía financiera cualquiera, previamente a la concesión de un crédito realizan un sin número de análisis, que permiten establecer la capacidad de pago y la posición financiera de las empresas prestarías.

4.15. La técnica financiera sugiere diseñar una estructura patrimonial de acuerdo con el riesgo del negocio, de esta forma una empresa expuesta a un mayor riesgo debe poseer un patrimonio suficiente. Esto es lo que sucedería en condiciones entre partes independientes.

4.16. En la práctica tanto la calificación del hecho económico, cuanto las circunstancias financieras, que rodean a la operación, han sido apreciadas por la doctrina, que en este sentido ha expuesto: "El tema que nos ocupa adquiere

especial importancia cuando existe vinculación entre las partes. Esta circunstancia determina que las sociedades, existiendo un único poder de decisión, puedan planificar su financiamiento en atención a sus intereses. A su vez, es en un contexto internacional, esto cuando acreedor y deudor residen en países distintos, cuando la planificación de la financiación adquiere toda su relevancia, en el sentido de que el grupo de empresas podrá reducir en mayor medida la tributación global, transfiriendo beneficios a sociedades del grupo situadas en países con menor presión fiscal, por ejemplo, cuando una de las sociedades sea residente en un paraíso fiscal o en un país de baja tributación. Así, teniendo en cuenta las ventajas fiscales que pueden conseguir según vía de financiación elegida, los grupos de sociedades, bajo apariencia de un financiamiento vía préstamo, encubren verdaderas participaciones en el capital".

4.17 En general, el término empleado para referirse a esta práctica es el de subcapitalización. Algunos autores, como SANZ GADEA, prefiere utilizar la expresión de "capitalización disimulada" que define como "un conjunto de situaciones anómalas de financiación cuya característica común es que bajo la apariencia de préstamo se oculta una realidad de participación en el capital fiscal. En otras palabras la subcapitalización implica la existencia de una estructura financiera en la que se priman los recursos ajenos procedentes de sociedades vinculadas con la finalidad normalmente, de reducir el beneficio imponible de la sociedad filial.

Por tanto, con el fin de evitar que las sociedades recurran, por motivos fiscales, a la financiación a través de préstamos, cuando en realidad se está realizando una aportación de fondos propios, los legisladores de los diferentes Estados han introducido en sus ordenamientos internos normas anti-subcapitalización tendientes a eliminar estas prácticas elusivas. En definitiva, se trata de impedir que las sociedades llevan a cabo "una financiación ajena excesiva, con el fin de disminuir el beneficio gravable mediante la deducción como gasto de los correspondientes intereses y por ende la transformación de los dividendos potenciales en intereses". (...)

4.23 En el marco de las Jornadas Tributarias de 1998, bajo el título *Contribuyentes sometidos a las reglas sobre la subcapitalización*, el autor profundiza:

La doctrina está de acuerdo, en general, en que a los efectos tributarios, en el Derecho español, son concebidas como entidades y personas vinculadas – a los efectos del artículo 20- todas las que intervienen en los supuestos del citado artículo 20- todas las partes que intervienen en los supuestos del citado artículo 16, que contiene hasta trece supuestos de vinculación... Bástenos, ahora aquí, la consideración de que los mismos resulta que una entidad puede estar vinculada a otra ya directamente, ya indirectamente, bien a través de terceras personas, ya jurídicas, ya físicas. (...)

4.25. Adicionalmente, esta Administración Tributaria ha verificado que no existieron garantías ni plazos específicos para el cumplimientos de las obligaciones contraídas por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A., ya que en los contratos firmados no se establecieron cash colaterales ni tampoco algún tipo de garantía; como tampoco se especifica de manera clara, las formas como se van a cobrar las deudas en caso de incumplimiento de pago por parte de la contribuyente a su compañía relacionada. (...)

4.26 Lo dicho constituye prueba incontrovertible que la operación crediticia es ficticia y motivada por interés fiscal exclusivamente. "Un préstamo simulado cuya función sería sustituir la que debió ser aportación al capital social por parte del socio prestamista, lo que permite calificar al préstamo como un contrato que contiene un elemento de simulación.

4.27 El artículo 17 del Código referido contiene un mandato claro e incondicional para la Administración Tributaria contenido en la calificación; pero además dispone que los actos del contribuyente deberán tener suficiente sustancia económica para ser respetados para fines tributarios y a los principios generales que rigen la tributación, las autoridades tributarias pueden y deben cuestionar las operaciones que son aparentemente regulares, pero que simulan la realidad y responden solamente a preocupaciones de tipo tributario. Es decir que

se trata de examinar la "sustancia económica" objetiva de las transacciones como la "motivación de negocios subjetiva que está detrás de las mismas".

4.28 Por lo mismo, es desacertado considerar que en nuestra legislación no establece parámetros para considerar situaciones, de subcapitalización, no solo porque del tenor literal del precepto legal aludido inexpugnablemente así se concluye; sino que además, ello implicaría no solo desconocer el marco jurídico tributario sino que también constituiría el pretexto de incidencia tributaria de cuanto comportamiento subjetivo considere el contribuyente. (...)

4.34. En definitiva, esto es lo que ha hecho la Administración Tributaria al calificar aquellos valores considerados por la compañía contribuyente como préstamos, son en realidad aportes patrimoniales por las siguientes razones:

- La compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM EXPLORATION AND PRODUCTION CORPORATION, domiciliada en la República Popular de China y SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A., domiciliada en Ecuador, desde la óptica de la realidad económica, realizan operaciones que están estrechamente vinculadas y por consiguiente no existe independencia en las decisiones financieras, económicas, organizativas, operativas y administrativas de la contribuyente con relación a otras compañías.

- No existe un verdadero "acreedor" ya que los fondos se desembolsaron sin requerir ninguna garantía que permita minimizar el riesgo de no cumplimiento de las obligaciones.

- La contribuyente no tiene la capacidad de pago suficiente que cualquier tercero independiente requeriría para la concesión de un crédito de esta magnitud.

- Motivo de los créditos: préstamos de largo plazo para cubrir necesidades de corto plazo otorgados por compañías relacionadas

(...) 4.37 La Administración Tributaria, en ningún momento ha objetado los mecanismos de financiamiento que la compañía contribuyente (compañía relacionada de la compañía que intervienen en la transacción) ha utilizado para

obtener los recursos necesarios para cumplir con los compromisos adquiridos, lo que se ha refutado es la figura de préstamo que se le ha dado a la transacción, cuando lo apropiado es tomarla como una inversión de capital a la empresa en el Ecuador. (...)

4.41 Por lo expuesto en los numerales que anteceden y considerando que la suma de USD 20 433 228,08 por montos de capital contratados durante el año 2006, constituye por su esencia como ha sido demostrado, un aporte patrimonial de las compañías relacionadas SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM EXPLORATION AND PRODUCTION CORPORATION, SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE CORPORATION, CENTURY BRIGHT CAPITAL INVESTMENT LIMITED y ZPEB MEDDLE EAST FZE a la relacionada ecuatoriana SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. y no préstamos, (...)

4.42. Consecuentemente y en apego a las normas tributarias mencionadas en esta resolución, el Servicio de Rentas Internas durante el presente reclamo administrativo de impugnación al Acta de Determinación No. 1720100100059 por concepto de Impuesto a la Renta del año 2006, no considerará para efectos del cálculo del Impuesto a la Renta, el gasto registrado por la compañía por USD. 1,611.080.69 con cargo a resultados, como intereses pagados al exterior; por lo que dicho rubro, será excluido del total de costos y gastos.[69]

(2) Argumentos de la compañía sobre el nuevo criterio

De lo expuesto se puede observar que el fundamento de la glosa correspondiente al ejercicio económico 2006 cambió, toda vez que en un inicio se aducía que por el principio de esencia económica previsto en el artículo 17 del Código Tributario no se consideraba el gasto por concepto de interés como deducible, toda vez que las operaciones que no pueden existir operaciones crediticias entre la Casa Matriz y su sucursal, así como por el hecho de haberse

[69]Resolución No. 117012010RREC033913 emitida por la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, de fecha19/10/2010.

pactado garantías, y supuestamente haber riesgo de incobrabilidad, por lo que del nuevo criterio se establece, que la operación no sería deducible por tratarse de una figura de subcapitalización o capitalización disimulada.

Al respecto me permito transcribir textualmente lo que manifiesta el contribuyente en su escrito de demanda:

"Improcedencia del criterio de subcapitalización

De conformidad con los nuevos argumentos expresados por la Administración Tributaria la operación crediticia de SINOPEC, sería en realidad una figura de subcapitalización, y por tanto cuestionable desde el punto de vista tributario.

En este sentido, la Administración Tributaria sostiene que la base legal para evitar una figura de subcapitalización sería el artículo 17 del Código Tributario, el cual dispone:

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

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

En otras palabras a partir de este artículo del Código Tributario, el cual señala que para efectos de la determinación del hecho generador se deben atender las relaciones económicas efectivas, es decir deben soportarse la materialidad de las operaciones relativas al hecho generador, la Administración Tributaria elabora un equivocado argumento relativo a que en el Ecuador si existe base legal para el tema de la subcapitalización.

Señores Magistrados, la Administración Tributaria recurre a los valiosos aportes doctrinarios realizados en las XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario llevadas a cabo en Lisboa, Portugal en el año 1998, donde se discutió a nivel conceptual el fenómeno de la subcapitalización o

infracapitalización, y se compartieron experiencias de países cuyas legislaciones si contaban con un amplio marco regular de fenómeno tributario.

Debido a que éstos aportes académicos, han sido la base para que la Administración Tributaria cambie sus argumentos iniciales en el sentido de que la operación no era un crédito toda vez que se pactó entre una misma persona (casa matriz y sucursal), toda vez que no existían cash colaterales, y toda vez que supuestamente había riesgo de incobrabilidad, para ahora sostener que más allá de los argumentos que soportaron el Acta de Determinación Tributaria, la deducibilidad se encuentra cuestionada por tratarse de una figura de subcapitalización, hemos optado por utilizar los mismos aportes doctrinarios para demostrar lo equivocada que se encuentra la Administración Tributaria.

Bajo este orden de ideas, en primer lugar resulta importante mencionar señores Magistrados que al amparo del artículo 10 del Código Tributario la actividad de la Administración Tributaria es reglada, en los siguientes términos:

"Art. 10.- Actividad reglada e impugnable.- El ejercicio de la potestad reglamentaria y los actos de gestión en materia tributaria, constituyen actividad reglada y son impugnables por las vías administrativa y jurisdiccional de acuerdo a la ley".

Lo dicho implica que todas y cada una de las actuaciones de la Administración Tributaria deben estar específicamente reguladas por la ley, toda vez que al tratarse de una de las ramas del derecho público solo se puede realizar lo que esté previsto por la ley, y por tanto la discrecionalidad es reducida al punto que solo pueden tomarse decisiones dentro de los aspectos específicamente regulados por la Ley.

Debido a ello, cabe recordar que el tema de la subcapitalización o infracapitalización es un tema que se ha discutido hace mucho tiempo, y que incluso en varios no ha sido regulado, por la amplia subjetividad con la que contaría la Administración Tributaria para calificar a una operación legítima, como subcapitalización, y en consecuencia que eventualmente se producirían abusos y vulneración de derechos en los contribuyentes.

Sin embargo, es cierto que hay países donde se han emitido normas que regulan la subcapitalización, pero por el mismo riesgo señalado en el párrafo anterior, la especificidad de la regulación es de tal nivel, que no existen amplios márgenes de discrecionalidad para la Administración Tributaria, sino que al contrario las normas anti subcapitalización son explícitas y concretas, de tal forma que no es permitido a la Administración Tributaria extraer de cualquier norma una supuesta base legal que regule este fenómeno tributario, menos aún basado en especulaciones doctrinarias subjetivas interpretadas convenientemente hacia sus intereses fiscalistas.

En este sentido, resulta importante afirmar de forma categórica al Tribunal Distrital que al amparo de la legislación ecuatoriana, no existe ninguna norma vigente que regule explícitamente la subcapitalización como un fenómeno que permita a la Administración Tributaria poner en tela de duda las operaciones crediticias de SINOPEC, por lo que resulta forzado que el SRI pretenda extraer una supuesta base legal, en el artículo 17 del Código Tributario, máxime si se trata de una norma interpretativa según la cual solamente para la observación del hecho generador se pueden observar la esencia económica de la operación. Todo lo contrario, existen normas legales que regulan créditos otorgados entre partes relacionadas, estableciendo ciertos parámetros para permitir la deducibilidad del pago de los intereses en dichos préstamos.

Sin embargo de esta posibilidad de atender a la esencia económica en la valoración del hecho generador, a asegurar que este artículo 17 del código tributario es la base legal para regular la subcapitalización?, resulta por decir lo menos, entusiasta, pero equivocado desde el punto de vista jurídico, por lo que si bien es un esfuerzo realizado por la Administración Tributaria en el cumplimiento de su objetivo recaudador, es ilegal al extralimitar sus actividades, las cuales repetimos son regladas.

Bajo esta línea argumental, resulta importante citar a los mismos autores doctrinarios que sustentan los argumentos de la Administración Tributaria, los cuales si bien hacen una descripción conceptual de la figura de subcapitalización no dejan de advertir en todo momento, la necesidad de contar

con normas específicas que determinen los alcances a los que puede llegar la Administración Tributaria.

Así por ejemplo, en las XIX Jornadas Latino Americanas de Derecho Tributario del año 1998 en Lisboa, el profesor Lucio Enrique Manosalva Afanador, del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, sostuvo:

(...) En el campo tributario colombiano no existe una legislación que tenga como objetivo corregir fiscalmente la subcapitalización de las empresas, en otras palabras, la financiación con capital ajeno desproporcionado frente a la financiación con capital propio. (...) Sin embargo (...) A partir de 1992 los comerciantes están obligados a aplicar el sistema de ajustes integrales por inflación (...) El sistema busca que las utilidades o pérdidas en cada año, contables o fiscales según el caso, reflejen los efectos de la inflación en cabeza del empresario.

De conformidad con lo expuesto, el autor revela que no existe legislación específica para controlar la subcapitalización, salvo para el caso del sistema de ajustes integrales por inflación, cuyo tema es desarrollado por el autor, por ser el único aspecto a considerar según la legislación colombiana. Lo importante es recalcar que no por hecho de existir éstas disposiciones del sistema de ajustes integrales en Colombia, se infiere que existe "base legal" para regular la subcapitalización en todas sus dimensiones.

Pero por si fuera poco el mismo autor, analizando la figura de la subcapitalización desde la perspectiva conceptual, sostiene:

"a) Intereses pagados o debidos a socios o entidades asociadas

No existe limitación respecto de los costos financieros a favor de socios o entidades asociadas cuando éstos son contribuyentes del impuesto a la renta y complementarios.

En el evento en que los beneficiarios de los costos financieros sean entidades vinculadas económicamente o con dependencia administrativa, y que no sean contribuyentes del impuesto o lo sean con un régimen especial o sean exentos

del mismo, la deducción únicamente procede con la demostración de la prestación efectiva del servicio, y que se facturaron a precios de mercado (...)"

Con ello, el autor denota que incluso en el supuesto no consentido de que en el Ecuador existieren normas precisas que regulan la subcapitalización, la deducción procede si se demuestra la prestación efectiva del servicio y que está a precios de mercado, ambos hechos que en el presente caso sucede, toda vez que SINOPEC presentó los contratos de créditos, debidamente registrados en el Banco Central, lo cual a todas luces demuestra que no es ficticio el crédito, ya que una institución pública ecuatoriana los auditó y autorizó tanto en su forma, como en su contenido, exigiendo la prueba material de los desembolsos de flujos, los pagos parciales, renovaciones, tablas de amortización, etc., es decir todo lo que las regulaciones propias del Banco Central (normativa ecuatoriana obligatoria) exige para que proceda el registro de un crédito externo.

Por lo expuesto, resulta paradigmático que el SRI desconozca el control del Banco Central del Ecuador, y de forma entusiasta argumente que el crédito de SINOPEC es ficticio por tratarse de subcapitalización, máxime si se ha probado la materialidad ante otra institución gubernamental, y además que se encontraba a precios de mercado, y cualquier exceso se consideró como no deducible, todo lo cual demuestra la buena fe de SINOPEC de no perjudicar en ningún momento al Fisco.

En adición, el mismo tratadista utilizado por la Administración Tributaria en su entusiasta argumento, profesor español José Luis Pérez de Ayala, en su ponencia *El Marco de la Subcapitalización*, en las mismas jornadas antes citadas, sostiene:

"b. Intereses pagados o debidos a socios y entidades asociadas o vinculadas.

En este supuesto, la entidad residente deudora y pagadora queda sometida a las limitaciones, en materia de deducción de intereses, que se derivan de la normativa específica sobre precios de transferencia y sobre subcapitalización. (...)

II. Las reglas sobre subcapitalización en el Derecho tributario español

1. La regla fiscal expresa sobre subcapitalización está contenida, únicamente en una norma particular, la del artículo 20 de la Ley 43/1995 reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

(...) "Art. 20. SUBCAPITALIZACIÓN.

Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español, excluidas las entidades financieras, con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 de la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.

Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto del establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiere podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas". (La negrilla y el subrayado son nuestros)

De conformidad con lo expuesto, fácilmente se desprende que el autor realiza un análisis de la subcapitalización al amparo de la legislación española, por lo que incluso cita el artículo 20 de la Ley 43/1995 que le sirve de base para todo su análisis respecto de este tema.

En este sentido, el autor dice que las limitaciones en materia de deducciones de intereses deben sujetarse a la normativa específica sobre subcapitalización, esto resulta lógico toda vez que si observamos con detenimiento el artículo 20 de la ley española antes citada, fácilmente se desprende que se establecen reglas claras para que la Administración Tributaria pueda valorar cuando existe o no

una subcapitalización, y por el contrario se evite, que por una especie de valoración al olfato, se considere si se trata o no de subcapitalización.

Como respuesta a este fenómeno que puede presentarse en el sistema tributario de un país, el autor considera que: (...) la reacción del Derecho Tributario Interno del Estado perjudicado por las citadas transferencias de bases imponibles se plasma como es sabido en soluciones legislativas que son, en buena medida, según veremos, para hacer frente a las dos formas de planificación internacional mencionadas: la infracapitalización y la fijación de precios de transferencia. (...) Por ello, (...) con el fin de determinar si la presunta operación de infracapitalización ciertamente lo es; es los métodos objetivos la definición de la infracapitalización se establece por la Ley a priori y con carácter general e imperativo (...)". (La negrilla y el subrayado son nuestros.[70]

Dicho esto se reafirma nuestro argumento en el sentido de que se necesitan tomar medidas legislativas previas como mecanismo eficiente que regule la subcapitalización, por lo que no es el accionar de la Administración tributaria, por más entusiasta que sea, el medio legal a través del cual se puede sostener que una operación es ficticia por tratarse de una subcapitalización, si previamente (a priori) no existe una normativa diáfana sobre la forma de valorar si existe o no infracapitalización, y sus efectos.

Muestra de ello es que en España, como menciona el profesor ponderado por la Administración Tributaria, se establecen reglas para valorar si es o no subcapitalización, y además que al exceso en este cálculo se le dé el efecto de ser un dividendo distribuido, más no necesariamente que el gasto sea considerado como no deducible, por lo que esto demuestra aún más, que al ser una actividad reglada la de la Administración Tributaria no le es correcto crear normas (a pretexto de interpretarlas) y mucho menos dar efectos no previstos en la Ley.

Por otro lado, cabe recalcar que es tan artificiosa la argumentación del SRI, que incluso en las citas que realiza sobre los aportes doctrinarios de las Jornadas

[70] Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

Tributarias 1998 en Lisboa, cambia el sentido verdadero de las frases que cita, o solamente transcribe lo que le interesa a la Administración Tributaria sin mostrar la totalidad de la doctrina alegada.

Por ejemplo, en el Acta de Determinación Tributaria el SRI puso toda su atención en sostener que el crédito era ficticio por otorgarse entre "Casa Matriz y su Sucursal", lo cual aparentemente es rechazado por la legislación ecuatoriana, sin embargo, al establecer SINOPEC en su reclamo que la Administración Tributaria estaba equivocada, y partía de un hecho erróneo, toda vez que SINOPEC es una SUBSIDIARIA, la Administración Tributaria al verse derrotada por este argumento, ahora sostiene que al amparo del derecho civil y comercial igual formarían parte de una misma persona.

Para concluir nuestros argumentos de defensa, quisiéramos partir de la última tratadista ponderada por la Administración Tributaria, la catedrática Cristina García Herrera Blanco de la Universidad Complutense de Madrid, a la cual se acude para definir el tema de la subcapitalización desde una perspectiva conceptual, sin embargo no se acude a ella para establecer cuáles son los mecanismos con los que cuentan los Estados para regular dicho fenómeno tributario.

Al respecto, la tratadista antes mencionada sostiene que el Comité Fiscal de la OCDE en su informe del año 1986 recoge dos tipos de medidas legislativas específicas y expresas para hacer frente a la subcapitalización:

"En primer lugar, puede optarse por un sistema subjetivo basado en la comparación de la financiación llevada a cabo por grupos de sociedades con la que se habría producido entre partes independientes. (...) Sin embargo (...) La aplicación en la práctica del principio de libre concurrencia reviste serias dificultades, porque obliga a un análisis muy complejo de lo que sería financiación normal en un mercado perfecto, caracterizado por la diversidad y por ofrecer muy diferentes alternativas. (...)

En segundo lugar, se establece la posibilidad de seguir un sistema objetivo, también denominado criterio de los ratios fijos, en virtud del cual si la parte de los capitales prestados excede en un determinado porcentaje (ratios fijos) de los

capitales propios, se aplica automáticamente la asimilación de los intereses a la distribución de beneficios.

De conformidad con lo expuesto, cabe mencionar que para efectos de la subcapitalización el Ecuador no ha optado por ninguno de los mencionado métodos, toda vez que si bien es cierto desde el año 2005 se establecieron los primeros parámetros del sistema de precios de transferencia en Ecuador, esto se lo hizo para ajustar las variaciones en los ingresos gravados y gastos deducibles de los contribuyentes, más no con el fin de regular específicamente la subcapitalización.

Debido a ello, es que por el sistema de precios de transferencia se podrán hacer ajustes en las operaciones más no declarar que son inexistentes so pretexto de ser una subcapitalización, por lo que él método subjetivo sugerido como el mejor por la OCDE, no es aplicable en el Ecuador para regular el fenómeno de la subcapitalización.

Adicionalmente, en el supuesto de que este sistema se instaure en el Ecuador, como lo sostiene la misma tratadista, ello implicaría que la carga de la prueba sea tan compleja para la Administración Tributaria que no se podrá solo por presunciones (una especie de determinación por olfato) o especulaciones fijar una subcapitalización, sino a través de estudios técnicos que lo demuestren.

Por otro lado, el método objetivo al que hace alusión la tratadista española tampoco ha sido instaurado en Ecuador para efectos de la subcapitalización, tan solo a partir del año 2008 se establecieron ciertos montos como límites al endeudamiento externo entre partes relacionadas, el cual de alguna manera se podría asimilar al método de ratios fijos (método objetivo), sin embargo incluso si se llegará a esta conclusión, este método implica un amplio campo probatorio como la misma tratadista lo establece:

Es decir, los ordenamientos internos, al optar por el sistema objetivo, deben permitir a las sociedades, que aun habiéndose superado el coeficiente fijo establecido en la Ley, la posibilidad de probar que en virtud de las especiales circunstancias del caso, ese endeudamiento también habría tenido lugar entre

partes independientes. Es decir, se ha permitido en todo caso a las sociedades que prueben la inexistencia de subcapitalización o capitalización disimulada.

De conformidad con lo expuesto, fácilmente se desprende que incluso en los países donde existen reglas claras sobre subcapitalización se permite un campo amplio probatorio para desvirtuar la supuesta subcapitalización, más aún, en el caso del Ecuador, donde no existe legislación para aplicar dicha figura, por lo que al haberse aportado toda la documentación de soporte del crédito resulta insólito que el SRI lo desconozca basándose el principio de esencia sobre la forma?, por considerarlo subcapitalización.[71]

De lo que respecta al cambio de criterio por parte de la Administración Tributaria, es cierto que durante el proceso de determinación, los actos emanados por esta contuvieron criterios que como ya he precisado anteriormente se basaron de manera primordial en objetar la deducibilidad del gasto de intereses toda vez que se había encontrado pertenencia a un mismo grupo económico y por ello relación entre prestataria y prestamista, así como la falta de garantías en cuanto al crédito y el análisis financiero sobre el riesgo de incobrabilidad que existía; concluyendo por tanto que de haberse efectuado la solicitud de crédito con una parte independiente el mismo no hubiese sido otorgado.

Si bien es cierto que el análisis que mantiene la Administración Tributaria a lo largo de toda la fase administrativa es estructurado y tendiente a buscar la esencia económica de la transacción, sin embargo al final del proceso se emite un acto administrativo que conlleva un criterio que no ha sido mencionado a través de todo el proceso lo cual desde mi punto de vista no es correcto puesto que no guardaría congruencia con todo alegado y las pruebas por parte del contribuyente.

Dentro del análisis que realiza el Servicio de Rentas Internas se manifiesta que no es correcto hablar de que en el país exista una falta de norma que regule la subcapitalización toda vez que lo contenido en el artículo 17 del Código Tributario basta y sobra para establecer que la esencia económica es la que deberá prevalecer y por ende es un concepto ligado a la subcapitalización, adicionalmente se cita

[71] Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

doctrina relativa al tema, ahora es cierto que la Administración Tributaria cita doctrina, norma y hace un análisis pormenorizado respecto de lo que es la figura de la subcapitalización, sin embargo bajo mi criterio no se enfoca en defender y por ende ligar los hechos fácticos con las normas alegadas además que es importante precisar que las actuaciones de esta institución son regladas por lo que no considero que se pueda dejar un tema tan abierto como el de la subcapitalización al mero contenido del artículo de la esencia sobre la forma.

2. SCHLUMBERGER SURENCO S.A.

Dentro del análisis del presente caso me remitiré únicamente a lo que concierne a las sentencias emitidas tanto por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal así como la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en donde ya se podrá analizar de manera detenida un pronunciamiento por parte de las autoridades judiciales que si bien como se ha señalado no existe hasta el momento un fallo de triple reiteración, esta sentencia ha creado un criterio respecto de las glosas por este concepto.

a) Antecedentes

- ✓ La compañía Schumberger Surenco S.A. es una compañía que fue debidamente domiciliada en nuestro país es decir una compañía sucursal en Ecuador de una compañía extranjera.
- ✓ El 20 de abril de 2005 el Servicio de Rentas Internas a través de su Unidad Regional de Auditoria Tributaria emitió la Orden de Determinación No. RNO-CSPODAU20050002 por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2001, mediante el cual se inicia el respectivo procedimiento determinativo.
- ✓ Con fecha 7 de marzo de 2006 se notificó a la compañía con el Acta de Determinación No. 172006100072, tras haber agotado todo el procedimiento en vía administrativa, con fecha 28 de septiembre de 2006 se emitió la resolución No. 117012006RREC022405 en la cual se niega el reclamo administrativo de impugnación al Acta de Determinación No. 172006100072 correspondiente al Impuesto a la Renta 2001.

- ✓ Dentro de los veinte días posteriores la compañía presentó una acción contencioso tributaria ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, juicio que fue signado bajo el No. 24473 y que cayó para conocimiento de los Jueces de la Primera Sala de dicha Institución.

- ✓ Mediante Providencia del 13 de mayo de 2008, la Sala acogiendo al pedido de la empresa actora dispuso que se acumule a esta causa el juicio No. 25445, mismo que corresponde a Impuesto a la renta por el ejercicio fiscal 2002 y que por la similitud de las glosas solicitó la acumulación por lo tanto pasó a formar un solo cuerpo signando así el juicio No. 24473-25445-II-S.

- ✓ Con fecha 31 de marzo del año 2009 la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal emitió la sentencia por medio de la cual acepta parcialmente la demanda, de manera puntual en cuanto a la glosa por pago de intereses que es la que nos concierne la Sala acepta la petición de la empresa y se desvanece esta glosa es especifico.

- ✓ Con fecha 2 de junio de 2009 el Servicio de Rentas Internas casa la sentencia, misma que es admitida a trámite y cuya contestación al recurso es presentada por la compañía con fecha 25 de agosto de 2009.

- ✓ Con fecha 27 de julio del 2010 la Sala especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia acepta el recurso de casación planteado por la Administración Tributaria confirmando lo contenido en las resoluciones emitidas en sede administrativa, sin embargo ante la sentencia existe un voto salvado del Conjuez Gustavo Durango en el cual se rechaza el recurso planteado por el Servicio de Rentas Internas confirmando la sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1.

b) Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1

(1) Análisis del caso

Como se manifestó, el análisis del presente caso está enfocado en las sentencias emitidas por un lado por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y por otro lado el análisis de los criterios manifestados por los

jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia por medio del cual se agota la vía judicial y por ende se deja sentado un criterio sobre subcapitalización.

En la Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 se hace un análisis pormenorizado de todos los documentos y argumentos presentados tanto por la Administración Tributaria así como por la compañía actora, los mismos que detallo a continuación:

(2) Criterios manifestados por la Administración Tributaria

El Servicio de Rentas Internas dentro de las Resoluciones que atienden los reclamos administrativos correspondientes a los ejercicios fiscales 2001 y 2002 ha levantado una glosa titulada "GLOSA PAGO INTERESES Y COMISIONES AL EXTERIOR POR USD. 750.898,44", dentro de la cual sus principales argumentos son:

- ✓ Su principal argumento se basa en el Artículo 17 del Código Tributario establece que "si bien es cierto que el numeral 3 del Artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno prevé la deducibilidad de gastos originados en pagos de intereses causados en operaciones de financiación, no se debe perder de vista el principio por el cual, la naturaleza del hecho económico debe prevalecer sobre la forma escogida.[72]

  En apego a lo manifestado establece que si bien "ningún prestamista otorgaría un crédito a una empresa que, de acuerdo a sus condiciones económicas, no fuere capaz de cubrir sus deudas en un plazo determinado, y por esta razón los bancos o una compañía financiera cualquiera, previamente a la concesión de un crédito realizarán un sinnúmero de análisis que permiten establecer la capacidad de pago y la posición financiera de las empresas prestatarias.[73]

- ✓ De igual forma considera y hace mención aunque de manera escueta a los términos de subcapitalización dentro del cual cita al autor SANZ GADEA definiéndola a la misma

[72]Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, pp. 18,19.

[73]Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, p. 19.

como "un conjunto de situaciones anómalas de financiación cuya característica común es que bajo la apariencia de préstamo se oculta una realidad de participación en el capital fiscal[74]

- ✓ Otro de los aspectos que manifiesta es que las Casas Matrices o Compañías Relacionadas no puedan otorgar créditos a sus sucursales en el Ecuador.

La Administración Tributaria considera que *los montos registrados como préstamos son en la realidad una 'provisión de fondos'*, por las siguientes razones:

- ✓ Las operaciones de la empresa actora son hechas por su compañía relacionada a través de préstamos.
- ✓ El índice financiero de endeudamiento es de 90,06%.
- ✓ Una compañía tan endeudada no podría ser objeto de crédito por parte de un tercero independiente, sino solamente por sus accionistas o compañías relacionadas.
- ✓ El tratamiento dado a estos supuestos "créditos" es sui-generis pues la compañía en gran parte de los aparentes préstamos ha pagado intereses sin abonar ningún valor por concepto de capital.
- ✓ Existe *simulación* porque si la transacción no tiene sustancia económica, lo que involucra el análisis objetivo sobre si hay algún efecto económico practico realista, aparte de los beneficios tributarios y si el contribuyente no estuvo motivado para propósitos de negocios distintos a los de obtener beneficios tributarios o realizar la transacción, lo que involucra un análisis subjetivo de la intención del contribuyente.
- ✓ Las Autoridades tributarias pueden y deben cuestionar las operaciones que son aparentemente regulares, pero que simulan la realidad y responden solamente a las preocupaciones de tipo tributario; debe por tanto averiguar tanto *la sustancia económica objetiva de las transacciones* como la motivación de negocios subjetiva que está detrás de las mismas.[75]

Para finalizar la Administración basa su argumento concluyendo que la compañía ha podido cometer actos aparentemente regulares pero que disfrazan la realidad y pretenden obtener finalidades tributarias diferentes a las establecidas en la ley, de tal

---

[74] Idem

[75] Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, p. 20.

forma que asegura que en estos actos están presentes figuras elusivas como la Simulación, Economía de Opción, Negocio Indirecto, Subcapitalización, Abuso de Formas Jurídicas, Planificación de Negocios y hasta Elusión propiamente.

(3) Argumentos manifestados por la compañía

Dentro de la demanda presentada por parte de la compañía SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, se establece los siguientes criterios para objetar lo manifestado por la Administración Tributaria:

> ...el Servicio de Rentas Internas, al utilizar el Art. 16 del Código Tributario, que corresponde al Art. 17 de la actual codificación, para desconocer la deducibilidad de los gastos incurridos por SCHLUBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en el ejercicio económico 2001, por intereses pagados por los créditos externos obtenidos de SCHLUMBERGER HOLDING BERMUDAS LIMITED, incurrió en error, pues la referida norma se refiere a la calificación de un hecho generador entendido como *el presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo*[76].
>
> En cuanto a la objeción que hace sobre la imposibilidad de que casas matrices y partes relacionadas puedan otorgar préstamos a sus sucursales en Ecuador la compañía señala "en la Codificación de las Regulaciones del Banco Central del Ecuador, Art. 1 Sección II, Créditos Externos al Sector Privado, Capítulo II, Créditos Externos, Titulo III, Régimen de Capitales Extranjeros, Libro Privado, Capitulo II, Créditos Externos, Título III, Régimen de Capitales Extranjeros, Libro II, "*Art. 1.- Para los fines de registro, por créditos externos se entenderán a las operaciones de financiamiento pactadas por personas naturales a jurídicas domiciliadas en el país con entidades financieras, casas matrices, proveedores y otros residentes fuera del territorio nacional.*[77]
>
> De igual forma señala que "el gasto por los intereses pagados, originados en los créditos externos obtenidos por la compañía, estuvieron directa y estrechamente vinculados con la generación, mantenimiento e incremento de sus ingresos gravados, en el ejercicio económico 2001, ya que dichos

[76] Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, p. 12.

[77] Ídem.

préstamos fueron utilizados como capital de operación ene le giro normal de negocio de la compañía.

Los créditos concedidos por SCHLUMBERGER HOLDING BERMUDAS LIMITED, originalmente otorgado por REDA DEL ECUADOR S.A. y posteriormente subrogado por SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR fueron legal y debidamente registrados en el Banco Central, así como su correspondiente anexo al contrato y las tablas de amortización de cada uno de los préstamos.

Al 31 de diciembre de 2001 la compañía tenía una cartera vencida muy alta, lo que justificó su necesidad de haber obtenido los créditos externos.
La empresa probó, en la fase administrativa que los préstamos recibidos, incidieron en un importante crecimiento de las operaciones de la compañía en el Ecuador.

Las compañías relacionadas con la operación crediticia tienen una personería jurídica completamente independiente.[78]

(4) Criterios emitidos en la Sentencia por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1.

Los jueces de la Segunda Sala hacen un análisis muy detallado de cada uno de los argumentos manifestados por la Administración Tributaria en la glosa objeto de estudio del presente capítulo así como de los argumentos que ha utilizado la compañía actora en su defensa.

A continuación describiré la normativa, doctrina y documentos aportados al proceso por medio de los cuales la Sala ha podido emitir la mencionada sentencia.

La sentencia comienza redactando su parte resolutiva, en su considerando III. con la descripción de todas las disposiciones legales por medio de las cuales ha motivado su

[78]Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, p. 12.

fallo entre las que se encuentran normas constitucionales, tributarias, financieras, civiles y de comercio.

El planteamiento que realiza la Sala parte de ciertos conceptos largamente discutidos por la Doctrina en relación al Principio de Legalidad, Principio de Reserva de Ley, Seguridad Jurídica, Naturaleza Jurídica y la Interpretación de la Ley Tributaria.

Pongo énfasis especial en los dos principios citados primero y en la Interpretación de la Ley Tributaria, por considerar que es en ellos en los que la sentencia ha basado de manera directa su fallo.

Principio de Legalidad

Partiendo con el análisis la Sala hace una apreciación de gran importancia referente al Principio de Legalidad, en donde puntualiza que *También el principio de legalidad debe entenderse como del cual se deriva la preeminencia de la ley en las actuaciones administrativas, es decir, el que exige la conformidad de la actuación de la Administración ante la Ley.*[79], de la mano con lo mencionado cita a la tratadista Cecilia Delgado donde detalla que *De lo contrario la Administración se convertiría en un intérprete con facultades legislativas, llegando a sustituir en la práctica al legislador pues en virtud a la prescindencia de las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes y la recalificación de estas en base a su contenido económico, terminaría extendiendo en vía de interpretación(...).*[80]

Dicha apreciación como veremos más adelante es fundamental dentro de la alegación manifestada por el Servicio de Rentas Internas en apego al Artículo 17 del Código Tributario toda vez que la Administración Tributaria estaría supeditada a actuar únicamente bajo lo que Ley establece, es decir la misma no posee una capacidad de interpretación legislativa que le faculte a establecer cuando determinada operación tenga o no sustancia económica.

---

[79] Alfredo Lewin Figueroa, *Principios constitucionales del derecho tributario.* Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Editorial Nomos. Bogotá, 2002, p. 20.
[80] Cecilia Delgado, op.cit.

Principio de Reserva de Ley

Por otro lado en cuanto al principio de la Reserva de Ley se ha manifestado que mientras no se haya establecido en la Ley una norma que combata la elusión, no se puede establecer o citar criterios de determinación algo que no existe, como lo ha manifestado la Administración Tributaria al encasillar a las transacciones realizadas por las compañías en una forma de Elusión fiscal.

La Sala ha citado a la autora Catalina Hoyos Jiménez señalando en cuanto a este principio que*al lado de los referidos principios se encuentra el de reserva de ley tributaria, a la luz del cual parecería que las potestades de la Administración Tributaria en estos casos son nulas, hasta tanto el legislador no prevea de manera expresa y con todas las garantías de caso una disposición habilitante que permita a la Administración tomar medidas correctivas en casos de abuso de formas jurídicas.*[81]

Interpretación de la Ley Tributaria

En referencia a las Resoluciones emitidas por la Administración Tributaria y en la contestación a la demanda, como lo señala la Sala, se ha aseverado que en los actos realizados por la compañía actora están presentes figuras elusivas como: la Simulación, Economía de opción, Negocio Indirecto, Subcapitalización, Abuso de Formas Jurídicas, Planificación de Negocios y hasta la Elusión propiamente.

Al respecto la Sala considera que la figura de la Elusión es un tema que ha causado mucha preocupación en varios países por lo cual en los mismos ya existe varios pronunciamientos al respecto, es así que en base a la doctrina de lo que señalan varios autores, considera pertinente analizar cada una de estas figuras para verificar si evidentemente las actuaciones de la compañía actora recaen en alguna de estas.

A continuación he realizado un cuadro que resume el análisis elaborado por parte de la Sala en cuanto al concepto de la cada figura y si evidentemente las transacciones realizadas configuran una de estas.

[81]Catalina Hoyos Jiménez, *La CláusulaAntielusiva en Colombia"*. ILADT, op.cit. p. 225.

Figura	Concepto	Análisis
SIMULACIÓN	Es la manipulación de las formas jurídicas para evadir impuestos, en el que el perjudicado es el Fisco.	La empresa hizo un préstamo por el que pago intereses al exterior, a más de los documentos que justifican los présamos, no existe evidencia que justifique que el proposito de la compañía fue obtener un "provision de fondos"o que la verdadera intención no fue obtener un préstamo(..) para determinar lo que se requiere es calificar la intención que tuvo la empresa actora al momento de realizar el contrato y por ser algo abstracto, tal vez lo podrían calificar los psicólogos, pero no del análisis de papeles, como tiene el deber de hacerlo la Sala.
ECONOMÍA DE OPCIÓN	Es el derecho de elegir la alternativa fiscal más favorable que pueda exisitir explícita o implicita, en el ordenamiento juridico.	Aunque no se ha podido establecer la verdadera intención que tuvieron los directivos de las empresas prestataria y prestamista, trantando de ubicar la actividad realizada por SLB dentro de una de las formas de elusión, la que cabria sería la figura conocida en el ámabito tributario como Economía de Opción, que si bien ha sido observada y estudiada a profundidad por eminentes tributaristas ninguno ha podido encontrarla forma de prohibir su aplicación, puesto que a nadie y menos a una empresa se le puede exigir qye cuando tenga dos opciones, escoja la más onerosa por el simple hecho de que eso es lo que le conviene al Fisco.
PLANIFICACIÓN DE NEGOCIOS	El planeador de impuestos debe: 1. Evitar los impuestos y 2. Diferir los impuestos que no pueden ser evitados, porque las empresas jinetean sus dineros, siendo por ello una práctica conocida, la demora de pago de impuesto.	Se consideró que en una transacción existía simulación solamente (a)si la transacción no tiene sustancia económica, lo que involucra un análisis objetivo sobre si hay algún efecto económico práctico realista, aparte de los beneficios tributarios y, (b) si el contribuyente no estuvo motivado por propósitos de negocios distintos a los de obtener beneficios tributarios, al realizar la transacción lo que involucra un análisis subjetivo de la intención del contribuyente.
NEGOCIO INDIRECTO	Es aquel negocio que se usa paa alcanzar fines distintos a los que correspondería a su estructura.	El contribuyente puede elegir de entre diversas formas juridicas que el derecho privado ofrece o autoriza, aquella que le resulte más económica desde el punto de vista fiscal, sin que con ello haya oposición entre la forma externa seleccionada y la realidad que las partes han querido celebrar, en cuyo caso no se configura un acto ficticio destinado a ocultar una finalidad distinta.
ELUSIÓN	Es una figura consistente en no pagar determinados impuestos que se han establecido amparándose en subterfugios o resquicios legales, no previstos por el legislador al momento de redactar la ley.	No es posible que bajo el manto de la elusión se criminalicen conductas legítimas de los contribuyentes.

[82]

Una vez que la Sala ha analizado detenidamente cada una de las figuras elusivas, según lo manifestó la Administración Tributaria, como se observa, ha concluido que los

[82]Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009,pp. 31-36.

créditos concedidos por parte de la compañía actora no recaen en ninguna de dichas figuras.

El análisis hecho por la Sala concluye con el estudio sobre la aplicación del Artículo 17 del Código Tributario que habla de la esencia sobre la forma, en el mismo es importante precisar que

> es muy cierto que de acuerdo al artículo 17 del Código Tributario, cuando el hecho generador es un acto jurídico, deberá ser calificado conforme a su verdadera esencia y naturaleza y cuando el hecho generador se limita a conceptos económicos, se lo calificará teniendo en cuenta las situaciones económicas que efectivamente existan, con independencia de las formas jurídicas que se usen. Sin embargo aceptando el supuesto de que el Art. 17 de la Codificación del Código Tributario fuera una norma antielusiva y que fue posible a través de la calificación del hecho generador, llegar a la conclusión de que utilizando una norma jurídica (provisión de fondos) y que este acto es una simulación o una economía de opción a lo único que llegaríamos en definitiva es a la configuración de lo que se conoce como SIMULACIÓN.[83]

En referencia a lo planteado por la Sala, esta se hace varias interrogantes referente a la tipificación de la elusión y su aplicación en cuanto a pena y quien sería la autoridad competente para sancionar, por lo que concluye exponiendo que *Si la elusión no se ubica en el grupo de infracciones tributarias, no podría el Juez Tributario imponer una sanción, por tanto, tampoco puede la Administración tributaria sancionarle al contribuyente, impidiéndole aplicar una deducción que se encuentra establecida en la Ley.*[84]

La Sala después de todo el análisis llegó a las siguientes conclusiones:

Analizadas las pruebas y revisados los informes periciales y la documentación que obra del proceso, se deduce:

---

[83] Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, p. 38.
[84] Ídem.

- ✓ REDA DEL ECUADOR en primer momento y SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR (prestatarias) posteriormente, negociaron préstamos con SCHLUMBERGER HOLDINGS (Bermuda) LIMITED. Este hecho no se encuentra en discusión puesto que de fojas 3530 a 3537, 3559 a 3560 y 3565 a 3567 de los autos aparecen sendos contratos que avalan la existencia de los préstamos y las condiciones bajo las que se suscribieron.
- ✓ No hay evidencia procesal de la vinculación entre REDA y SCHLUMBERGER HOLDINGS (Bermuda) LIMITED, tampoco de que tenga tal vinculación con la prestamista aunque surjan dudas por la similitud de las denominaciones de las dos empresas al momento de la renovación o de los créditos posteriores.
- ✓ Los préstamos fueron cancelados, (...) De acuerdo a la información proporcionada por la empresa actora durante el mes de noviembre de 2006 se canceló la totalidad del préstamo por el valor de USD. 13 700 000,00 y se hizo un abono de USD. 5 100000,00 al crédito por el monto de USD. 41 000 000,00. En consecuencia tampoco existe controversia respecto a los pagos, que aunque tardíamente, se realizó del total del préstamo.
- ✓ El préstamo fue registrado en el Banco Central del Ecuador conforme se desprende de los documentos que obran, tampoco existe controversia.
- ✓ Los préstamos fueron utilizados como capital de operación en el giro normal de la Compañía, y por los datos que obran del proceso se piensa que, aun tratándose de un acto de simulación, el dinero sirvió para generar actividades económicas dentro del País.[85]

Por todo el análisis expuesto la Sala llega a la conclusión jurídica de que se debe revocar y dejar sin efecto la GLOSA INTERESES Y COMISIONES AL EXTERIOR.

c) Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia

Como segunda parte del análisis del caso SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR haré un análisis sobre la sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en la cual

[85]Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009, pp. 39-41.

el Servicio de Rentas Internas interpuso Recurso Extraordinario de Casación, y en sentencia de 27 de julio de 2010, la Sala aceptó dicho recurso confirmando la glosa correspondiente a pago de intereses al exterior contenidas en las Resoluciones que fueron impugnadas en sede judicial.

El razonamiento y argumentos de la Sala los analizo a continuación:

La Sala manifiesta en relación a lo alegado por parte de la Administración Tributaria en cuanto al Artículo 17 del Código Tributario que

> (...) huelga advertir que la interpretación es siempre una operación jurídica, no económica. Lo que la doctrina ha sustentado es que al propósito de la ley tributaria debe ser aplicada, haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas. Tal postura ha sido discutida vivamente por la doctrina, mas, no es verdad que ha sido desestimada. Lo que es más propio afirmar, es que la solución depende de lo que cada legislación prevea dentro de su normativa.[86]

Por otro lado y de manera muy escueta se establece que

> Dos son los grandes principios rectores del sistema tributario y de los tributos en particular, el de legalidad, mejor dicho de reserva de ley por el cual los elementos principales, gravitantes y definidores de los tributos han de obrar de ley, principio que atañe a la forma y que es base de la seguridad jurídica; y el de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad contributiva, principio que es de carácter material y que conduce a que se haga prevalecer la sustancia sobre la forma.[87]

La sentencia según mi apreciación es escueta ya que no analiza de manera detallada lo que engloba el principio de legalidad que hace mención y hasta donde puede ejercer la Administración Tributaria su facultad en cuanto a la interpretación de tal artículo y

---

[86] Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Servicio de Rentas Internas en contra de SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, Recurso de Casación No. 226-2009. 27 /07/2010. p. 5.

[87] Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Servicio de Rentas Internas en contra de SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, Recurso de Casación No. 226-2009. 27 /07/2010. p. 6.

tampoco existe un análisis pormenorizado de lo que implica el principio de esencia sobre la forma o la realidad económica.

Por los argumentos expuestos la Corte Nacional ha establecido que la admisibilidad del gasto debe ser ajustarse a la realidad económica y como en el presente caso no se ha verificado la esencia de la transacción acepta el recurso planteado por la Administración Tributaria.

Dentro de la presente sentencia existe un voto salvado del Magistrado Dr. Gustavo Durango Vela en el siguiente sentido:

> (...) la parte afectada (Administración Tributaria) debió probar que tal convenio fue ficticio, simulado o inexistente, por el contrario la parte actora no sólo que físicamente ha presentado el documento en el que consta la convención (...), sino que, oportunamente y cumpliendo las Regulaciones emitidas por el Banco Central del Ecuador, demostró que fueron debida y oportunamente inscritas y registradas.

Está claro para la Sala y así se lo declara expresamente, que cuando el legislador quiso imponer restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior lo hizo, y en consecuencia en el año 2001, si la única condición era que el préstamo esté registrado en el Banco Central, es porque no quiso imponer otra condición o requerimiento previo, y por eso la Ley no lo señaló, mucho menos a pretexto de realizar una interpretación de la "realidad económica" prevista en el Art. 17 del Código Tributario (...) .[88]. Por las consideraciones antes anotadas, el Magistrado considera que la Administración Tributaria es quien debería demostrar la inexistencia del crédito, y permitir al contribuyente la aportación de pruebas de descargo a dichas imputaciones, por ende dentro de su decisión desecha el recurso presentado por la Administración Tributaria.

(1) Análisis del Principio de Esencia sobre la Forma en las Glosas por Subcapitalización

[88]Voto Salvado de la Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Servicio de Rentas Internas en contra de SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, Recurso de Casación No. 226-2009. 27 /07/2010. p. 8.

Tras haber expuesto los casos tomados como estudio para el presente trabajo, es importante detallar lo que engloba el principio de esencia sobre la forma o de la realidad económica como es más conocido.

Comenzaré por señalar nuevamente cuales son los criterios que la Administración Tributaria ha considerado en sus determinaciones para glosar a los contribuyentes bajo el argumento de subcapitalización y en apego al principio de esencia sobre la forma.

- ✓ **Esencia sobre la forma:** La Administración Tributaria sostiene que en base al principio de esencia sobre la forma, los créditos externos no son tal, toda vez que más bien en su criterio se asemejan a una provisión de fondos o aportes patrimoniales.

- ✓ **Partes Relacionadas:** La Administración Tributaria sostiene cuando existe créditos entre compañías relacionadas es decir al tratarse de un solo conjunto económico, no puede haber una relación deudor-acreedor, toda vez que no se puede negociar consigo mismo.

- ✓ **Falta de Garantías:** La Administración Tributaria señala que no se puede considerar como créditos externos, toda vez que no se contrataron cash colaterales, ni ningún tipo de garantía, por lo que nadie hubiese dado un crédito en esas condiciones, por lo que la operación se asemeja más a criterio de la Administración a la provisión de fondos que a un crédito externo.

- ✓ **Análisis Financiero (Falta de Capacidad de Pago y riesgo de Incobrabilidad):** La Administración Tributaria señala que tras analizar documentos contables y financieros de las compañías prestamistas, en la mayoría de los casos se desprende que las mismas no tienen capacidad de pago, existiendo un riesgo de incobrabilidad, por lo que con partes independientes no se hubiese dado un crédito externo, sino solo un aporte futura capitalización.

De los argumentos que plantea el Servicio de Rentas Internas se puede establecer de manera puntual el que objeta en cuanto a la esencia sobre la forma y el mismo que está

ligado a la subcapitalización, al respecto es importante realizar un análisis sobre la facultad que posee la Administración Tributaria de interpretación como lo hace en el mayor de sus argumentos cuando se refiere al Artículo 17 del Código Tributario en referencia a la esencia económica de una operación, para ello me permito citar a dos autores que fueron nombrados en la sentencia del último caso que he expuesto donde se señala que *También el principio de legalidad debe entenderse como del cual se deriva la preeminencia de la ley en las actuaciones administrativas, es decir, el que exige la conformidad de la actuación de la Administración ante la Ley.*[89], de la mano con lo mencionado cita a la tratadista Cecilia Delgado donde detalla que: *De lo contrario la Administración se convertiría en un intérprete con facultades legislativas, llegando a sustituir en la práctica al legislador pues en virtud a la prescindencia de las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes y la recalificación de estas en base a su contenido económico, terminaría extendiendo en vía de interpretación(...).*[90]

La doctrina señala de manera puntual que en apego al principio de legalidad la Administración debe regir su actuar a la Ley expresamente, toda vez que si se extiende estaría arrogándose funciones legislativas referentes a la interpretación y de manera que en nuestro ordenamiento jurídico no hay norma expresa que le confiera tal actuación, mal puede la Administración Tributaria en este caso ampliar sus facultades conferidas por Ley y citando el artículo 17 del Código Tributario calificar a una transacción como un caso de subcapitalización por su interpretación de la esencia económica y desconocer la deducción de la misma.

La tratadista Catalina Hoyos Jiménez señala en cuanto al principio de reserva de ley señala que *al lado de los referidos principios se encuentra el de reserva de ley tributaria, a la luz del cual parecería que las potestades de la Administración Tributaria en estos casos son nulas, hasta tanto el legislador no prevea de manera*

[89] Alfredo Lewin Figueroa, *Principios constitucionales del derecho tributario.* Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Editorial Nomos. Bogotá, 2002, p. 20.
[90] Cecilia Delgado, op.cit.

expresa y con todas las garantías de caso una disposición habilitante que permita a la Administración tomar medidas correctivas en casos de abuso de formas jurídicas.[91]

En aporte a lo planteado y en conformidad al Principio de Reserva de Ley se debe considerar que en el país hasta la actualidad no hay norma que regule la subcapitalización de manera puntual, es decir no existe normativa que señale cuando determinada operación configura subcapitalización, se prevea sanciones específicas y por ende se contemple expresamente la prohibición de la deducibilidad de intereses en este caso.

[91]Hoyos Jiménez. Catalina. "*La Claúsula Antielusiva en Colombia*". ILADT, op.cit. p. 225.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo el fenómeno de la subcapitalización es un criterio nuevo a partir del cual la Administración Tributaria ha objetado la deducibilidad de los gastos generados por el pago de intereses correspondientes a créditos obtenidos en el exterior, basando su argumento en el Artículo 17 del Código Tributario, el cual establece el principio de esencia sobre la forma o también conocido como de la realidad económica.

El principio de esencia sobre la forma, es un principio de derecho tributario mediante el cual se busca que la valoración de los actos jurídicos realizados por los contribuyentes se ajusten a su esencia económica más no para que, a pretexto de esto, la Administración Tributaria pueda atribuir sin fundamento la configuración de cualquier hecho generador y por tanto, la imputación del pago de un tributo, es por ello que las facultades que tiene la Administración Tributaria no son arbitrarias sino que por el contrario son regladas, y por tanto están condicionadas al cumplimiento irrestricto del ordenamiento jurídico por lo que con su accionar no pueden modificar o alterar el sentido de la ley o reglamentos que impliquen crear obligaciones impositivas ilegales para los contribuyentes.

Actualmente el Servicio de Rentas Internas no solo observa el cumplimiento de las formalidades legales, sino que por el contrario busca la esencia económica de la operación basados en el artículo 17 del Código Tributario, tal es así que en la mayoría de glosas que se han levantado por concepto de subcapitalización, el aspecto principal en perjuicio del contribuyente es el desconocer el gasto como deducible para el pago de Impuesto a la Renta, pero adicionalmente en atribución de facultades extensas desconoce el gasto contable y lo reclasifica como si se tratara de un aporte patrimonial de los socios, lo cual da como resultado un valor superior en la base imponible del Impuesto a la Renta.

Dentro de las glosas establecidas por el Servicio de Rentas Internas, así como de las sentencias que hasta la actualidad se han emitido se puede verificar que para que una operación pueda ser considerada como gasto deducible a efectos de evitar glosas por parte de la Administración Tributaria deberá guardar sustento financiero tal como:

- ✓ Relación de endeudamiento (necesidad de corto plazo con créditos de corto plazo / necesidad de largo plazo con créditos de largo plazo),
- ✓ Garantías Bancarias,
- ✓ Cronograma de pago que hayan sido pactados en los contratos y el cumplimiento puntual de los mismos,
- ✓ Comprobar la capacidad de endeudamiento.

Dentro de los criterios que ha mantenido la Administración Tributaria, uno esencial es aquel por el cual objeta la posibilidad de obtener un crédito proveniente de una parte relacionada, al respecto una vez que se ha analizado la normativa tributaria actual, puedo establecer que el hecho de que las partes sean relacionadas no quiere decir que no puedan tener relaciones comerciales entre ellas, de la misma manera en que entre independientes existirían, el criterio que se manejaba antes era basado en la Doctrina No. 147 de la Superintendencia de Compañías donde se puntualizaba claramente que no se consideraba como préstamo el otorgado entre casa matriz y sucursal, sin embargo para contrarrestar esto con la última reforma tributaria del año 2008 y su posterior reglamentación, claramente se permite que las sociedades contraten créditos con partes relacionadas, siempre y cuando exista una relación determinada entre el total de endeudamiento y el patrimonio que no exceda del 300%.

Las normas, entonces, no contienen restricción para las operaciones realizadas entre partes relacionadas tal es así que existe normativa para regular las transacciones entre estas, es decir el sistema de precios de transferencia, y tiene como objetivo fundamental controlar que las operaciones escogidas por las partes relacionadas se ajusten al principio de plena competencia, es decir que estén a precios de mercado, para no beneficiarse de un gasto excesivo.

Por otro lado es fundamental establecer que hasta la actualidad no hay norma en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que regule explícitamente la subcapitalización como un fenómeno que permita a la Administración Tributaria interpretar las operaciones crediticias, únicamente basando su argumento en el artículo 17 del Código Tributario, por lo cual es importante puntualizar que esta es una norma interpretativa y por lo cual se deberá emplear solamente para la observación del hecho generador.

Por lo expuesto se necesita tomar medidas legislativas que regulen a la subcapitalización, de manera puntual definiéndola y determinando los elementos que

configuran a determinada operación en subcapitalización, de tal manera que no quede a discreción de la Administración tributaria, por más entusiasta que sea, el medio legal a través del cual se puede sostener que una operación es ficticia por tratarse de una subcapitalización, no existe.

La normativa propuesta debería estar enfocada a regular que se presume estar en presencia de una situación de subcapitalización cuando el endeudamiento medio neto remunerado se efectué con entidades no residentes en el país y que evidentemente las partes crediticias sean relacionadas.

Un aspecto relevante y que evidentemente ya se encuentra regulado con la promulgación de la Ley para la Equidad Tributaria en el año 2007, es el artículo donde se restringe el porcentaje de endeudamiento con una parte relacionada, es decir un crédito no podrá superar el 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades y al ser personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales, es por ello que la norma que regule la subcapitalización si bien debería reformar este artículo o a su vez crear uno independiente pero donde se establezca que el monto que supere tales cifras debería catalogarse como uno de los presupuestos para configurar una situación de subcapitalización, la consecuencia que se derivaría de la misma así también es que este exceso debería tener tratamiento de dividendo, asemejándolo al artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, vigente en la legislación española.

En conclusión y como propuesta, el artículo que regule la subcapitalización puede partir de la reforma del artículo tanto en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno como de su Reglamento que regula las deducciones en cuanto a los intereses por créditos en el exterior, de manera como se ha descrito en el párrafo anterior y englobar como básico estos tres presupuestos esenciales para encasillar a una situación como infracapitalización de forma que exista norma específica que se aplique, así se evitaría los criterios subjetivos por parte de la Administración Tributaria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMBROSIO MICHEL, *Defraudación Fiscal,* Instituto Nacional de Ciencias Penales, Primera Edición, 2008

JARACH DINO, *El Hecho Imponible.* Abeledo-Perrot.

JARACH DINO, *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Editorial Cangallo, Primera Edición, año 1983.

GARCÍA VIZCAÍNO, CATALINA. *Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas*. Tomo I.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, ANTONIO. *Lecciones de Derecho Tributario.* Thomson.

HALLIVIS PELAYO MANUEL LUCIANO, Interpretación en Materia Tributaria, 2002

MIODINI CECILIA, *La interpretación de las normas tributarias.* Universidad Nacional del Mar de la Plata.

GONZÁLEZ GARCÍA EUSEBIO, *La interpretación de las normas tributarias.* Aranzandi. Navarra: 1997.

MINUCHE ZAMBRANO EFRÉN, *El principio de "Realidad Económica" en el Derecho Tributario*. pp. 360 y361. Ezio Vanoni, *Naturaleza e Interpretación de las Leyes Tributarias*, Madrid 1961.

FOUNROUGE GIULIANI, C.M. y NAVARRINE, C.S., *Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social*, 9na. Edición, Ed. Astrea, Bs. As., 1999.

VILLEGAS HÉCTOR B, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Tomo I, Cuarta Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, año 1987.

ARAOZ VILLENA LUIS ALBERTO, *La Interpretación económica de las leyes tributarias y la clasificación de los hechos imponibles por su contenido económico.*

PEÑAFIEL REVELO JUAN CARLOS, *Los nuevos gastos deducibles a la luz de las nuevas reformas tributarias.* Tesis postgrado. Universidad Andina Simón Bolívar.

CHEVARRÍA ZULLY, Contabilidad y Negocios Volumen 3, número 5, julio 2008, La naturaleza jurídica de la norma de subcapitalización y su aplicación práctica como norma doméstica antielusión en el Reino de España.

MORALES PÉREZ EDGAR, Texto Informativo No. 4, Departamento de Estudios Económicos, *El problema de la Subcapitalización y las medidas para contrarrestar en la República Dominicana.*

MONTESTRUQUE ROSAS KARINA, *Aspectos fiscales de la subcapitalización de las sociedades y su regulación en el Perú*, Revista Instituto Pacífico, primera quincena de abril de 2010.

ABELARDO DELGADO PACHECO, *Las medidas antielusión en la fiscalidad Internacional,* Nuevas Tendencias y Fiscalidad Internacional ICE, Septiembre–Octubre No. 825,

COSÍN OCHAÍTA RAFAEL, *Fiscalidad de los precios de transferencia,* 2007, Primera edición.

ROSEMBERJ TULIO, *Fiscalidad Internacional,* Las operaciones vinculadas y la subcapitalización en el IS, Instituto de Fiscalidad Internacional, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 1998.

Cfr. PICCIOTTO, S., *International Business Taxation,* Quorum Books, Nueva York, 1992, pp. 27-37.

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO, *La Norma Tributaria en materia de subcapitalización: Incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho Comunitario,* Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria No. 104 (2002).

RAFAEL COSÍN OCHAÍTA, *Fiscalidad de los precios de transferencia,* 2007, Primera edición.

TEODORO CORDÓN. Y MANUEL GUTIÉRREZ LOUSA, *Manual de Fiscalidad Internacional,* Tema 10 La subcapitalización tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación, Instituto de Estudios Fiscales, 2007.

CHULÍA, *Compendio crítico de Derecho mercantil,* t., I, vol. 1, Barcelona, 1991.

CARLOS PALAO TABOADA, *La Subcapitalización,* en: Fiscalidad Internacional. Centro de Estudios Financieros, Madrid: 2001, p. 625.

JOSÉ LUIS PÉREZ DE AYALA, *El Marco fiscal de la subcapitalización de las empresas,* XIX Jornadas Latino-Americanas de DereitoTributário, L. 3, Lisboa, 1998.

HERBERT BETTINGER BARRIOS, *Precios de Transferencia y sus efectos fiscales*; Editorial ISEF; México. 2003.

ALFREDO LEWIN FIGUEROA, *Principios constitucionales del derecho tributario.* Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Editorial Nomos. Bogotá, 2002.

CATALINA HOYOS JIMÉNEZ, *La Cláusula Antielusiva en Colombia".* ILADT, op.cit.

CITAS DE INTERNET

http://www.econlink.com.ar/richardamaro/interpretacion-ley-tributaria

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=638&Itemid=120.

http://187.174.253.10/Biblionetica/diccionario/diccs/sustancia_economica.htm

http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/eal/tecnicas_interpretacion_fical.html

http://www.consultame.co/index.php?option=com_content&view=article&id=105:hermeneutica-tributaria.

http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2012/eal/tecnicas_interpretacion_fical.html

www.sidweb.espol.edu.ec/public

Oscar Sánchez Rojas, *Subcapitalización y las cláusulas antielusivas,* www.tributacionypostmodernidad.blogspot.com/2009/03/subcapitalizacion-y-las-clausulas.

Margret Klostermann, *The Consequences of Hibrid Finance in Thin Capitalization Situations: An Alalysis of the Substantive Scope of Nactional Thin Capitalization Rules with Special Emphasis on Hybrid Financial Istruments.* Disponible en: http://ssrn.com/abtract=1137591orhttp://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1137591.

http://www.sri.gob.ec/web/10138/394.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Normas Ecuatorianas de Contabilidad (NEC).

Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF).

Doctrina No. 147 de la Superintendencia de Compañías.

Código Tributario Ecuatoriano.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

Convenios para evitar la doble imposición suscritos por Ecuador

Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador publicada en el R.O. Nº 242 del 29 de Diciembre del 2007.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

ESPAÑA

Ley de Impuestos Sobre Sociedades

EXPEDIENTES DE CASOS ANALISADOS

Resolución No. 117012010RREC033913, emitida por la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, de fecha 10/10/2010.

Acta de Determinación No. 1720100100059, emitida por la Dirección Regional Norte del Servicio de Rentas Internas a la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. de fecha 9/04/2010, por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2006.

Demanda presentada por la compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A. contra la Resolución No. 117012010RREC033913, Juicio No. 17501-2010-0165.

Sentencia emitida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, SCHUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR en contra del DIRECTOR NACIONAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, Juicio No. 24473-35445-II-S, 31/03/2009.

Voto Salvado de la Sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Servicio de Rentas Internas en contra de

SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, Recurso de Casación No. 226-2009. 27 /07/2010.

ENTREVISTAS

Entrevista realizada al Doctor Jorge Gustavo Benalcazar Subía, Juez de la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Tributario No. 1, 25 de marzo de 2014.

Entrevista realizada a la Doctora Carmen Simone Lasso, Magister en Derecho Tributario, ex viceministra de Justicia, Derechos Humanos y Culto de la República del Ecuador (2011-2013); Jueza de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal de Quito (2012); Secretaria Relatora de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia (2006-2011); Asistente del Despacho del Dr. José Vicente Troya Jaramillo, Juez de la ex Corte Suprema y Presidente de la Corte Nacional de Justicia (2002-2006), 16 de abril de 2014.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Justicia que se ve

RECURSO No. 226-2009

VOTO SALVADO DEL Dr. GUSTAVO DURANGO VELA, CONJUEZ PERMANENTE.

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

Quito, a 27 de Julio del 2010.- Las 11H30.----------

VISTOS: Mediante sentencia dictada el 31 de marzo del 2009, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal Nº 1 con sede en Quito, acepta parcialmente las demandas propuestas y acumuladas (juicios números 24473 y 25445) presentadas por el señor Alfredo Rivera Cuenca, en su calidad de Apoderado General y por tanto representante legal de la compañía SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, y declara la invalidez legal, en parte, de las Resoluciones Nos. 11012006RREC022405 y 117012007RREC033398 de 15 de septiembre del 2006 y de 25 de octubre del 2007, dictadas por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, dentro de los reclamos de impugnación en contra de las Acta de Determinación Nos. 1720060100078 y 1720070100059, por el impuesto a la renta de los ejercicios 2001 y 2002, respectivamente.- Dentro del término concedido en el art. 5 de la Ley de Casación, y luego de habérsele negado su solicitud de ampliación y aclaración, el señor doctor Bernardo Chávez Chimbo, como Procurador

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Justicia que se ve

Fiscal debidamente designado por el Director General y por el Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, presenta un escrito que contiene el pertinente recurso, amparándose para ello en las causales primera y cuarta del art. 3 de la referida Ley.- Aceptado que ha sido a trámite por el Tribunal Juzgador en providencia de 12 de junio del 2009, por la que ha subido en conocimiento de esta Sala para que confirme o revoque tal aceptación, lo que ha sucedido en auto de 18 de agosto del 2009 y además se ha corrido traslado a la Empresa actora para los fines previstos en el Art. 13 de la Ley de Casación. El señor Carlos Darío Sarmiento Rivadeneira, en su calidad de nuevo Apoderado General, debidamente legitimado con el documento notariado que acompaña y dentro del término concedido al efecto, se ha pronunciado en defensa de la sentencia que le favorece y ha señalado domicilio donde recibir notificaciones (fs. 3 a 64 del cuadernillo de casación).- 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. ----------

SEGUNDO.- La Administración Tributaria en el escrito que contiene su recurso (fs. 4447 a 4455) dice que las causales en las que se fundamenta, son las contempladas en los numerales primero y cuarto del art. 3 de la Ley de Casación,

pues la sentencia recurrida ha infringido por errónea interpretación el art. 17 del Código Tributario, e indebida aplicación del inciso final del art. 28 del mismo Código Tributario Codificado y falta de aplicación del art. 18 del Código Civil. En resumen, manifiesta que en el caso, la compañía multinacional SCHLUMBERGER HOLDING BERMUDAS, constituyó una provisión de fondos o aporte de capital (aumento al patrimonio) y no un préstamo (cuenta del pasivo) que genera gastos de intereses, cuando invirtió en su empresa vinculada SCHLUMBERGER SURENCO ECUADOR S.A., creándose así un beneficio fiscal ilegítimo, pues se evita el pago del 25% de Impuesto a la Renta sobre las utilidades correspondiente al ejercicio 2001. Lo que existe es una financiación entre sociedades vinculadas; que por ello la Sala juzgadora no ha aplicado el principio de la realidad económica que efectivamente existe en tal operación y se queda en la simple forma escogida, como aplicó en la fase administrativa al dictar la Resolución impugnada el Servicio de Renta Internas, criterio que concuerda con la doctrina N° 147 de la Superintendencia de Compañías, que en definitiva inadmite la posibilidad de que una empresa se haga un préstamo así misma, sostiene con énfasis, de que no se trata de una "elusión tributaria" sino de un acto de "simulación", pues no se trata de una operación crediticia, sino un aumento de capital, con distintas connotaciones tributarias. Argumenta que la sentencia incurre en una falta de aplicación de los preceptos relativos a la valoración de la prueba, que ha conducido a la no aplicación del art. 17 del Código

Tributario. Que tampoco la sentencia ha observado la jurisprudencia sobre el punto de derecho en discusión, citando para ello el fallo dictado en la causa 127-2007. Que por todo lo expuesto pide se acepte el recurso planteado y se case la sentencia. ----------

TERCERO - Por su parte, el representante legal de a compañía actora, en la contestación al recurso formulado, en defensa de la sentencia, alega que, la Sala a-quo despachó el recurso fuera del tiempo señalado en el art. 7 de la Ley de Casación. Que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, no puede pronunciarse sobre la causal 3ra. del Art. 3 de la Ley de Casación, referente a la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, porque el SRI basó su recurso en las causales 1ra. y 4ta. del referido artículo y no en la 3ra. Que la Administración Tributaria "supone" que la Empresa prestamista debió registrar la provisión de fondos como aumento de capital y no como préstamo, pero jamás demostró tales hechos. Que la simulación constituye un ilícito y para atribuirse a alguien debe ser probada, que en el juicio no consta ninguna prueba, mientras que la "economía de opción" adoptada por la Empresa se halla plenamente probada. Que la sentencia ha reconocido que la naturaleza jurídica de las estipulaciones contractuales están amparadas en normas constitucionales que permiten la libre contratación, derecho que no puede ser desconocido por el SRI a pretexto de realizar una interpretación

económica de la realidad jurídica existente entre las partes, que el criterio de realidad económica ya ha sido ampliamente superado por la legislación contemporánea y sobretodo por los principios constitucionales de reserva de ley, capacidad económica y no confiscación; que los créditos externos obtenidos fueron reales, comprobados por el propio SRI en el proceso de determinación, lo que se vio reflejado en el incremento de la operación y por ende en sus ingresos, que permitió una mayor imposición tributaria, que la Administración justifica su proceder calificando al préstamo como un acto de simulación, pero sin que lo haya probado. Que en el Ecuador no existe una norma antielusión específica y por tanto el SRI no puede pretender tener facultades "implícitas" en base del caduco criterio de la "realidad económica". Que tanto la compañía prestamista como la prestataria son totalmente independientes la una de la otra y que el contrato de préstamo es totalmente válido. ----------

CUARTO.- En definitiva, el punto a dilucidar es si la sentencia dejó de aplicar el principio de "realidad económica" consagrado en el art. 16 del Código Tributario (actual art. 17 Código Orgánico Tributario), cuando SCHLUMBERGER HOLDING BERMUDAS, otorgó un préstamo, que generó deducciones en concepto de pago de intereses, a su empresa vinculada SCHLUMBERGER SURENCO ECUADOR S.A., en relación al pago del Impuesto a la R enta por el ejercicio económico 2001; y que según el recurrente no cabía, puesto que nadie puede hacerse un préstamo a si

mismo, y en consecuencia debió considerarse como un acto de subcapitalización y lo que ha habido es una "simulación de préstamo".- En primer término es necesario dejar anotado que, el contrato de préstamo o mutuo (definido en el Art. 2099 del Código Civil) es una obligación común y corriente en el mundo del comercio, protegido por normas constitucionales y tratados internacionales que hablan del derecho a la libre contratación, por tanto para poder declarar que hubo simulación, la parte afectada (Administración Tributaria) debió probar que tal convenio fue ficticio, simulado o inexistente, por el contrario la parte actora no sólo que físicamente ha prestando el documento en el que consta la convención (fs. 3530 a 3537, 3559 a 3560 y 3565 a 3567), sino que, oportunamente y cumpliendo las Regulaciones emitidas por el Banco Central del Ecuador, demostró que fueron debida y oportunamente inscritas y registradas. En si, tal negocio no sólo que no está impedido, sino que está previsto en la ley, y para efectos del pago del Impuesto a la Renta, en la Ley de Régimen Tributario Interno, cuyo desarrollo histórico, podemos señalar que se ha dado de la siguiente manera: **1)** El numeral 3. del artículo 13 del texto original de la ley, fue sustituido por el art. 23 de la Ley 99-21 reformatoria, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nº 181 del 30 de abril de 1999, con el siguiente tenor, que fue en estricto sentido la norma que estuvo vigente en el ejercicio económico 2001, 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 Ecaudor, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito" (....) (el resto del extenso articulo no tiene que ver con el caso tratado).- **2)** Este numeral es sustituido por el art. 75 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 242 de 29 de Diciembre del 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 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 disposciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecaudor, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito". Conforme a esta redacción, para el ejercicio 2008, no eran 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, a menos que se haya hecho la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, reforma que indudablemente perjudicaba a los prestatarios privados de créditos externos. **3)** Por lo expuesto, es de importancia, la sustitución del tercer inciso del art. 10, numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 392 de 30 de Julio del 2008, que dice: "Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales.

Los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles." . Está claro para la Sala y así se lo declara expresamente, que cuando el legislador quizo imponer restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior lo hizo, y en consecuencia en el 2001, si la única condición era que el préstamo esté registrado en el Banco Central, es porque no quizo imponer otra condición o requerimiento previo, y por eso la ley no lo señaló, mucho menos podría haberlo hecho el Servicio de Rentas Internas a pretexto de realizar una interpretación de la "realidad económica" prevista en el art. 17 del Código Orgánico Tributario, pues de aceptarse su alegación, se daría el absurdo que en el ejercicio 2010 sean deducibles los pagos por intereses por créditos entre empresas vinculadas que no sobrepasen el 300% de su patrimonio, condición fijada en la ley de 31 de julio del 2009, y para el 2001 no se admita la deducción por la aplicación que pretende hacer la Administración Pública Tributaria. **4)** Como si esto no fuese suficiente en la misma Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa de varias Leyes, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 392 del 30 de julio del 2008, el legislador, sanja el problema e interpreta el Atrt. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno, con el siguiente texto: **"Art. 18** Se interpretan los artículos 67, 76 y 77 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y por consiguiente los artículos 10 y 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno que fueron reformados

por los primeros, en el sentido de que los nuevos requisitos, para que los intereses y costos financieros de créditos externos y pagos por arrendamiento mercantil internacional sean deducibles de la base imponible para el cálculo de Impuesto a la Renta y susceptibles de retención en la fuente, son aplicables a los contratos de crédito registrados en el Banco Central del Ecuador a partir de la vigencia de la referida Ley y a los contratos de arrendamiento mercantil internacional inscritos en el Registro Mercantil correspondiente a partir de la vigencia de ella. **Los contratos de crédito registrados y los contratos de arrendamiento mercantil internacional inscritos con anterioridad, se someterán al régimen legal vigente a la época del registro o suscripción.** Esta norma interpretativa, que tiene el carácter de transitoria, se aplicará hasta la finalización del plazo de los financiamientos o contratos de préstamo o de arrendamiento mercantil, sin que sea aplicable a las prórrogas, novaciones o cualquier modificación que afecte sus condiciones originales." (negrillas fuera de texto). Interpretación obligatoria para cualqueir juzgador y que de alguna manera aclara el controvertido en este caso específico.- Sobre la autenticidad de los préstamos, registros, pagos y demás aspectos analizados en la sentencia de 31 de marzo del 2009, que ha sido recurrida, la Sala no se pronuncia porque a más de no haber sido impugnada por ese motivo, son apreciaciones de la prueba, dentro del más amplio criterio de equidad hecha por la Sala a-quo, sobre lo cual, no amerita recurso de casación, según ha sostenido

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Justicia que se ve

esta Sala en reiterada jurisprudencia. Sin que sea menester entrar en otros análisis, 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 de las leyes de la República,** rechaza el recurso de casación interpuesto por el Servicio de Rentas Internas.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.-f) Dres. Josè Vicente Troya Jaramillo. JUEZ NACIONAL y Josè Suing Nagua, Gustavo Durango Vela. CONJUECES PERMANENTES. Certifico.-f) Abg. Carmen Amalia Simone Lasso. SECRETARIA RELATORA.

Lo que comunico a usted para los fines de Ley.

Abg. Carmen Simone Lasso

SECRETARIA RELATORA.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO SECRETARIA Quito - Ecuador

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, Andrea Paulina Guerra Jaya, C.I. 1722464748 autor del trabajo de graduación intitulado: Principio de esencia sobre la forma en clases por subcapitalización, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 24 de noviembre de 2014

FIRMA Y CÉDULA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

CIUDADANIA 172246474-8

GUERRA JAYA ANDREA PAULINA

PICHINCHA/QUITO/CHAUPICRUZ

14 OCTUBRE 1988

003-F 0171 01942 F

PICHINCHA/ QUITO

GONZALEZ SUAREZ 1988



ECUATORIANA***** E1333I2222

SOLTERO

SECUNDARIA ESTUDIANTE

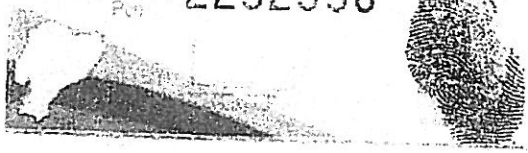
PABLO ENRIQUE GUERRA

ALICIA MARGOTH JAYA

QUITO 25/01/2007

25/01/2019

REN 2232338



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

CERTIFICADO DE VOTACIÓN

039

ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

039 - 0196 1722464748

NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA

GUERRA JAYA ANDREA PAULINA

PICHINCHA			
PROVINCIA		CIRCUNSCRIPCIÓN	0
QUITO		CONOCOTO	
CANTÓN		PARROQUIA	0 ZONA

F.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA