

Quito, 22 de mayo de 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador Crespo
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
PUCE

De mi consideración:

En mi calidad de Profesor Informante de la Tesis titulada **“ANÁLISIS TRIBUTARIO Y ECONÓMICO DE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO A LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES Y SU IMPACTO FRENTE A LA INVERSIÓN EXTRANJERA”**, previa a la obtención del título de Magister en Tributación, presentada por la abogada Francisca Isabel Ruiz Miño, me permito indicar lo siguiente:

La tesis que me ha sido entregada reúne los requisitos académicos exigidos por una institución de educación superior para este tipo de investigaciones de cuarto nivel.

El presente trabajo de fin de carrera contiene un análisis muy importante relacionado con el impuesto a la enajenación de acciones y sus efectos frente a la inversión extranjera, campo en el cual la producción de literatura tributaria es muy escasa. Las conclusiones y recomendaciones a las que llega la maestrante resuelven satisfactoriamente la problemática planteada a lo largo del trabajo de investigación.

Por lo expuesto consigno la nota de **DIEZ SOBRE DIEZ (10/10)** a la tesis presentada por la abogada **Francisca Isabel Ruiz Miño** cuyo título se menciona en el primer párrafo de esta comunicación, por lo que solicito a Usted, Señor Decano, ordenar el trámite reglamentario pertinente.

Atentamente,



Dr. Miguel Ángel Bossano Rivadeneira
Profesor Informante

22 MAY 2017

El desarrollo de la tesis...

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Maestría en Derecho Tributario



Quito, 29 de mayo de 2017

Señor Doctor
Iñigo Salvador
Decano
Facultad de Jurisprudencia
En su despacho

De mi consideración:

El motivo de la presente es darle a conocer mi informe respecto de la tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho Tributario, elaborada por la abogada **FRANCISCA RUIZ MIÑO**, intitulada **"ANÁLISIS TRIBUTARIO Y ECONÓMICO DE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO A LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES Y SU IMPACTO FRENTE A LA INVERSIÓN EXTRANJERA"**.

Considero que la investigación ha sido estructurada de forma adecuada, partiendo de lo general, como es el análisis de la Potestad Tributaria y el Impuesto a la Renta sobre la enajenación de derechos representativos de capital, sus particularidades y (algunos de sus) problemas, para centrarse en lo particular: la incidencia de éste sobre la inversión extranjera. De igual forma, la maestrante ha transmitido sus ideas en forma ordenada, contando con fuentes bibliográficas y normativas adecuadas.

Sin perjuicio de ello, las fuentes informativas utilizadas en el análisis económico y de la incidencia en la inversión extranjera (datos de Colombia), no permiten realmente ver cuál será el impacto de esta reforma en la inversión extranjera, así como tampoco el cómo una reforma (que es necesaria) a este impuesto (la cual tampoco se propone como parte de la investigación), mejoraría el flujo de ésta al Ecuador. Finalmente, tanto el análisis en sí del impuesto, como las conclusiones y recomendaciones del trabajo, no profundizan demasiado los efectos negativos de la normativa, así como tampoco se efectúan ejercicios que demuestren el real problema que una normativa incompleta plantea.

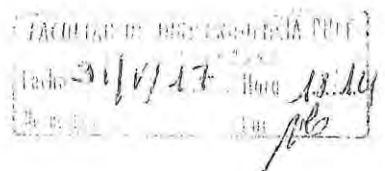
Con los antecedentes señalados, después de haber analizado a profundidad el referido trabajo de investigación, considero que el mismo es acreedor a la nota de **ocho sobre diez puntos (08/10)**.

Reiterando mis altos sentimientos de consideración y estima, suscribo.

Atentamente,

Roberto Silva Legarda, LL.M.
Profesor de Derecho Tributario

07 JUN 2017



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **FRANCISCA ISABEL RUIZ MIÑO**, C.I. **1722698287** autor del trabajo de graduación intitulado: “**ANÁLISIS TRIBUTARIO Y ECONÓMICO DE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO A LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES Y SU IMPACTO FRENTE A LA INVERSIÓN EXTRANJERA**”, previa a la obtención del grado académico de **MAGISTER EN DERECHO TRIBUTARIO** 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, 5 de junio del 2017


Francisca Isabel Ruiz Miño
C.C. 1722698287

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

MAESTRÍA EN DERECHO TRIBUTARIO

TRABAJO DE GRADO

**“ANÁLISIS TRIBUTARIO Y ECONÓMICO DE LA APLICACIÓN DEL
IMPUESTO A LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES Y SU IMPACTO FRENTE
A LA INVERSIÓN EXTRANJERA”**

FRANCISCA ISABEL RUIZ MIÑO

DIRECTOR: DR. SANDRO VALLEJO

FEBRERO, 2017

QUITO – ECUADOR

Abstract

This paper aims to analyze the creation of capital gain tax generated in the transfer of shares or and other rights representing capital. The main propose was determine the consequences of this tax, as an instrument used worldwide to avoid tax evasion.

The analysis focuses on the regulations of December 29, 2014 and legal voids of its application. With this analysis, I determine if the form in which the tax was created causes inequalities between taxpayers and even if its application entails contradictions between previous tax regulations and benefits and the current norm.

This analysis allows me to know if tax reforms as fiscal policy to avoid tax evasion, can cause legal insecurity and consequently discourage investment.

Resumen

Este trabajo pretende analizar la creación del impuesto a la renta sobre la utilidad generada en la enajenación de acciones y determinar sus consecuencias como instrumento utilizado mundialmente como medida para evitar la evasión fiscal.

El análisis se centra en la normativa del 29 de diciembre de 2014 y los vacíos e interrogantes que provocó su creación. Por medio de este análisis determinaré si la forma en la cual se creó el impuesto provoca desigualdades entre contribuyentes e incluso si su aplicación conlleva contradicciones entre normativa y beneficios tributarios anteriores y la norma actual.

Este análisis me permitirá conocer si las reformas tributarias creadas como política fiscal para evitar la evasión fiscal puede causar inseguridad jurídica y en consecuencia desincentivar la inversión.

Índice	Pág
Introducción.....	1
Capítulo I: La potestad tributaria del estado frente a los principios de proporcionalidad y equidad frente al propósito de la lucha contra la evasión.....	3
1.1. Titulares de la Potestad Tributaria.....	3
1.1.1. Análisis de reformas tributarias que impactaron e impactan a la inversión extranjera.....	8
1.2. Nuevas medidas para evitar la evasión fiscal – análisis comparativo.....	10
1.2.1. Tarifa de impuesto a la renta.....	14
1.2.2. Residencia fiscal.....	15
1.2.3. Impuesto a la enajenación de derechos representativos de capital.....	17
1.3. El impuesto a la ganancia en la venta de acciones en el mundo.....	18
Capítulo II: Impuesto a la ganancia en la venta de acciones – reforma de diciembre de 2014.....	23
2.1. Particularidades del impuesto.....	23
2.2. Vacíos de la normativa.....	27
2.2.1. Respecto del cálculo de la base imponible.....	27
2.2.2. Sobre los cambios en el patrimonio.....	34
2.2.3. Interpretaciones sobre la aplicación del impuesto.....	36
2.2.3.1. Aplicación de principios.....	36
2.2.3.2. Precios de transferencia para determinar el valor de mercado de las acciones.....	38
2.2.4. Transferencia indirecta de acciones.....	41
2.2.5. Conclusiones sobre las interpretaciones sobre la aplicación del impuesto.....	44
Capítulo III: Consecuencias económicas sobre la inversión extranjera.....	46
3.1. Conceptos básicos.....	46
Conclusiones y recomendaciones.....	51
Bibliografía.....	57

INTRODUCCIÓN

El 29 de diciembre de 2014 se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 405, la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal - LOIPPF. Esta ley incluyó algunas reformas entre las que se destaca, la consideración de la utilidad en venta de acciones como ingreso gravado con impuesto a la renta.

Con esta reforma se han creado varias inquietudes, sobre todo respecto de la utilidad gravable en este impuesto y cómo debe ser determinada para efectos de aplicar el impuesto. Tomando en cuenta que la norma se presta para ciertas interpretaciones, en mi opinión se debe analizar el origen del impuesto, su naturaleza, y otras legislaciones similares con el objeto de que, al establecer estas características, se pueda determinar cuál es la correcta interpretación.

Se puede verificar que el impuesto a la utilidad en venta de acciones puede significar una medida anti elusiva de impuestos que tiene consecuencias, usualmente, que afectan a la inversión extranjera. La inversión extranjera tiene la facilidad de invertir en el Ecuador, pero al momento de dejar el país se complicará el cierre de un negocio por efecto del pago de impuestos.

Los excesos en el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, enfocados únicamente hacia la eficiencia recaudadora y la lucha contra la evasión fiscal, crearían medidas tributarias extremas como la no devolución del anticipo de impuesto a la renta para las sociedades, la creación de más impuestos, la disminución de deducciones, sin embargo no se ha aplicado adecuadamente la sanción a prácticas tributarias evasivas, es decir, se previene el delito pero no se sanciona la conducta punible, contrario a los principios tributarios reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales.

Esta investigación pretende juzgar el trabajo del Estado reflejado en la creación del impuesto a la renta sobre la utilidad generada en la venta de acciones, desde un punto de vista técnico y frente a la realidad de su aplicación en nuestro país.

CAPITULO I: LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD FRENTE AL PROPÓSITO DE LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN

1.1. Titulares de la Potestad Tributaria

Los impuestos en el Ecuador se han convertido en la principal fuente de ingresos permanentes del Estado; ello producto de un constante trabajo legislativo y administrativo por el cual se ha fortalecido el sistema tributario en todos sus aspectos, inculcando cultura tributaria a los contribuyentes de todos los sectores económicos.

Dentro del Resumen Ejecutivo Justificativo de la proforma del presupuesto general del Estado para el año 2016, elaborado por el Ministerio de Finanzas¹, se presentó un cuadro de ingresos totales permanentes y no permanentes del Estado, según detallamos a continuación:

¹ Ver en <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/04/Resumen-Ejecutivo-Justificativo-de-Ingresos-y-Gastos-Proforma-Presupuestaria-2016.pdf>

**CUADRO 2: Ingresos Totales Permanentes y No Permanentes
PROFORMA 2016
(Millones de dólares)**

INGRESOS TOTALES	29.835,10
INGRESOS PERMANENTES	22.059,95
IMPUESTOS	14.989,70
A LA RENTA GLOBAL	4.230,39
SOBRE LA PROPIEDAD	256,53
SOBRE EL CONSUMO DE BIENES Y SERVICIOS ICE	832,41
AL VALOR AGREGADO NETO	6.734,25
SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL	1.400,00
A LA SALIDA DE DMSAS	1.200,00
A LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	117,80
A LA RENTA PETROLERA	62,22
IMPUESTOS DIVERSOS	156,12
OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS	2.593,13
TASAS POR VENTA DE BIENES Y SERVICIOS	1.861,92
RENTA DE INVERSIONES Y MULTAS	344,23
PARTICIPACIONES CORRIENTES PETROLERAS	7,37
OTROS INGRESOS	379,60
CUENTA DE FINANCIAMIENTO DE DERIVADOS DEFICITARIOS CFDD	4.477,13
INGRESOS NO PERMANENTES	7.775,14
IMPUESTO TEMPORAL	500,00
TARIFA DE SALVAGUARDIA	500,00
OTROS INGRESOS NO PERMANENTES	678,13
FINANCIAMIENTO PUBLICO	6.597,02
INTERNO	1.054,87
EXTERNO	4.803,42
CUENTAS POR COBRAR	13,73
VENTA ANTICIPADA DE PETRÓLEO	725,00

Fuente: Ministerio de Finanzas

Elaboración: Subsecretaría de Presupuesto

Estos ingresos tributarios los recauda el Estado Central en aplicación de leyes y reglamentos, con el propósito de fondar de recursos públicos al Estado Central. Según el Resumen Ejecutivo Justificativo de la proforma del presupuesto general del Estado para el año 2016, menciona que el régimen tributario *“permite el estímulo de la inversión, ahorro y una mejor distribución de la riqueza, a través de impuestos justos que graven al contribuyente sobre la base de su capacidad contributiva, principalmente fomentando la mayor recaudación de los impuestos directos y progresivos, sobre los indirectos.”*²

Dentro de los ingresos tributarios, el IVA es el impuesto con más recaudación, seguido por el impuesto a la renta y posteriormente otros impuestos, entre ellos, aquellos que fueron creados con fines extra fiscales como el ICE o el impuesto a la

² Id

contaminación ambiental. Podemos comparar el peso de cada impuesto en el gráfico siguiente:



La potestad legislativa de crear impuestos, sumada a la posibilidad del Presidente de la República de presentar proyectos en materia tributaria y su posterior aprobación por parte de la Asamblea Nacional, ha permitido consolidar a los ingresos tributarios en el 50,24% de los ingresos totales del Estado.

El Resumen Ejecutivo Justificativo de la proforma del presupuesto general del Estado para el año 2016 elaborado por el Ministerio de Finanzas determina que la *“legislación impositiva ecuatoriana, busca reducir los niveles de evasión, elusión y fraude, con la finalidad de mejorar, tanto el rendimiento de los tributos como de corregir las desigualdades económicas, y buscar una mayor justicia social, sustentada en la redistribución del ingreso.”*. Esta última afirmación reafirma los motivos por los cuales el Ecuador ha evidenciado varias reformas tributarias.

¿Más de 20 reformas tributarias en los últimos 10, implican un uso coherente de la potestad tributaria o excesivo? ¿Cuándo está facultada la legislatura a aprobar proyectos de ley en materia tributaria? ¿Cuándo es necesaria la creación de derecho? Partiendo de los principios generales del Derecho, la actuación del órgano competente debe ser congruente y proporcional a la naturaleza y fines de la potestad que se ejercita³. En otras palabras, la potestad tributaria ejercida a través de la política tributaria, debe surgir con el propósito de promover “*la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.*”⁴

La aplicación de principios que limiten la facultad recaudadora del Estado, constituye una garantía fundamental en un estado de derechos y justicia como el nuestro, que impiden que el fisco recaude impuestos en montos excesivos. Las políticas tributarias regidas por los principios tributarios de capacidad contributiva y progresividad, buscan el establecimiento de un impuesto justo, no confiscatorio.

La aplicación de límites a la potestad tributaria es indispensable, incluso para generar confianza tanto de los contribuyentes, como de los beneficiarios de las obras financiadas con tributos. La autora Sandra Sevillano, dentro del libro “Derecho y ciudadanía: ensayos de interés público”, analiza la utilización de la potestad tributaria y menciona: “*El mal uso de la potestad tributaria agrava la permanente desconfianza y malestar de la población respecto al cobro de tributos, fomenta la evasión y, lo que es*

³ GONZÁLEZ, Eusebio. “*Principios constitucionales tributarios*”, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1 ene. 1993, pág. 103.

⁴ Artículo 300 de la Constitución de la República.

*peor, como hemos visto, reduce los mecanismos para canalizar el legítimo derecho de los sujetos a oponerse a ese cobro”.*⁵

La constante creación o modificación de tributos, debería en principio ser el instrumento para evitar tributos que no se ajustan a los principios del régimen tributario que no permiten “*una distribución equitativa de la carga fiscal*”⁶. Esto conlleva a que la necesidad del gobierno de incrementar sus ingresos tributarios, sea superior al objetivo de garantizar el respeto de los principios tributarios y en consecuencia se aumente constantemente la carga fiscal.

La desconfianza en el sistema tributario puede generar la percepción de que existe una excesiva carga fiscal, y ello influye en el mercado y en consecuencia en las oportunidades de inversión local y extranjera. El autor Isidro Hernández Rodríguez, en su libro “Teoría y política fiscal”, analiza que “*El exceso de carga y la incidencia tributaria también se pueden analizar en los términos de todos los mercados -equilibrio general-*”⁷.

Ese equilibrio en los mercados es el que nos permitirá encontrar otro parámetro de análisis respecto de una reforma tributaria y de esta manera poder determinar si cumple con su objetivo de evitar la evasión fiscal, atendiendo al respecto de los principios tributarios.

⁵ SEVILLANO, Sandra. “*Derechos de los contribuyentes y acciones de interés público: hacia una nueva forma de protección ante la actuación estatal*” en “*Derecho y ciudadanía: ensayos de interés público*”, Editado por Gorki Gonzales, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Perú, pág. 66.

⁶ Id.

⁷ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Isidro, “*Teoría y política fiscal*”, Universidad Externado de Colombia, pág. 145.

1.1.1. Análisis de reformas tributarias que impactaron e impactan a la inversión extranjera

En los últimos años se han aprobado reformas tributarias, en especial respecto del impuesto a la renta. En esta parte del trabajo, revisaremos en general las reformas tributarias implementadas en nuestro país.

El viernes 28 de noviembre de 2014, el Ejecutivo remitió a la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley Orgánica de incentivos a la producción y prevención del fraude fiscal con carácter de urgente en materia económica, lo que implica un trámite legislativo sumario. La Ley fue aprobada por la Asamblea Nacional el 22 de diciembre de 2014 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial 405 del 29 de diciembre de 2014. Por su parte, el Reglamento a la Ley fue firmado electrónicamente por el Presidente de la República el 30 de diciembre de 2014 y publicado en el Tercer Suplemento del Registro Oficial del 31 de diciembre de 2014.

En enero de 2015 se aprobó la Ley de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal y su Reglamento, que incluyó cambios en el concepto de residencia fiscal e ingresos de fuente ecuatoriana, nuevas medidas respecto de las transacciones con paraísos fiscales, nuevas consecuencias para incumplimiento de deber de reportar composición societaria, limitó la deducibilidad de gastos por regalías, servicios técnicos, entre otros. Esta ley incluyó también medidas de aplicación de las normas contables como el reconocimiento de impuestos diferidos y finalmente incluyó -el tema principal de este trabajo- el impuesto a la utilidad en la enajenación de acciones.

En febrero de 2015 se reformó el Reglamento a la Ley de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal -publicado un mes antes- por el cual, entre otras cosas, se definió el concepto de enajenación indirecta, se incluyeron las formas de cálculo de la utilidad en la enajenación de acciones, y la figura de sustituto del impuesto.

En abril de 2015 se publicó la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar por la cual se determinó un límite a la deducibilidad de remuneraciones de altos directivos, las utilidades de los trabajadores y se estableció la obligación de re liquidar las utilidades en caso de que un acto de determinación que modifique la participación laboral, se torne firme y ejecutoriado.

En abril de 2016 se publicó la Ley Orgánica para el equilibrio de las Finanzas públicas, por la cual se incluyeron reformas en materia de IVA- devolución, de oficio y en dinero electrónico, se estableció una exoneración del pago del impuesto a la renta por 10 años para los contratistas extranjeros o consorcios de empresas extranjeras que suscriban contratos de ingeniería, se reformó el anticipo de impuesto a la renta para microempresas, las exoneraciones de ISD y las tarifas de ICE.

Finalmente, entre las reformas más importantes esta la Ley Orgánica de Solidaridad y Corresponsabilidad Ciudadana publicada en mayo de 2016 como consecuencia del terremoto de abril de este año. Dentro de esta ley se establecieron las contribuciones solidarias y se incrementó el 2% de IVA.

1.2. Nuevas medidas para evitar la evasión fiscal – análisis comparativo

La doctrina argentina define a la elusión fiscal, como “*la conducta de un contribuyente tendiente a reducir la carga tributaria que resulta en principio legítima, no constituyendo una ofensa criminal*”⁸. Por otro lado, a la evasión fiscal, la definen como, la actividad ilícita donde la conducta del contribuyente se orienta a causar un daño patrimonial al fisco, a través de la omisión o reducción del pago del impuesto debido, en este punto se diferencia de la elusión pues esta se puede entender como una actividad lícita que, si bien evita o minimiza la carga tributaria, se desarrolla dentro de un sector de licitud impidiendo que el hecho generador se perfeccione⁹.

Por su parte, para el autor J.K. Galbraith, define a la evasión fiscal como una medida de adaptación de los contribuyentes que implica la posibilidad de efectuar estructuras, organizar tipos de rentas, de manera que se evite el pago de obligaciones fiscales.

Este límite entre estos dos conceptos -elusión y evasión- puede ser complejo de determinar.

“La distinción entre fraude y economía de opción¹⁰ es, en teoría, bastante clara: en la economía de opción no se realiza el hecho imponible o se realiza el que se

⁸ NAVARRINE, S., ob. Cit., ps.1 y ss.; BARRERA, L., La elusión tributaria y las normas antiabuso, en “Boletín A.A.E.F.”, diciembre de 2002, ps. 35 y ss; ASOREY, Rubén, “Economía de Opción, Elusión y Evasión y la Excusación Justificada de los Tributos”. En el libro “Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 79

⁹ ASOREY, Rubén, “Economía de Opción, Elusión y Evasión y la Excusación Justificada de los Tributos”. En el libro “Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 80

¹⁰ La economía de opción Economía de opción es el hecho de que nadie está obligado a elegir “el camino más gravoso para el pago de sus impuestos”, para ello existe la posibilidad de que en ejercicio de la libertad se elija la forma jurídica más conveniente para el cumplimiento de los fines económicos en la forma que le sea más onerosa. Definición tomada de: ASOREY, Rubén, “Economía de Opción, Elusión y

declara y no otro. Sin embargo, en la práctica, la distinción entre economía de opción y fraude no es sencilla... ”¹¹

Esta posibilidad de optimizar la carga tributaria, sin que para ello se utilice una práctica delictiva es precisamente lo ahora se pretende disminuir con el uso de políticas anti-elusión.

“La sentencia 2/11/2002, del Tribunal Supremo afirma que “... los contribuyentes pueden elegir entre las varias posibilidades que ofrece la Ley, la más ventajosa a sus intereses, y entre estas ventajas figura la de poder escoger lo que resulte fiscalmente más rentable, siempre que no vulneren ninguna obligación legal, y ello, aunque las formas contractuales escogidas no sean habituales, nor-males o tradicionales...”. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 24/05/2003 establece que “... el uso alternativo de las normas fiscales, con la finalidad de abonar impuestos menos gravosos, es enteramente lícito, siempre que se utilicen figuras contractuales auténticas y no se trate de eludir el pago de los impuestos que sean procedentes conforme a las mismas... ”.¹²

Esta última cita nos proporciona dos parámetros básicos para poder determinar cuándo esa salida menos gravosa, se convierte en evasión y por tanto en un delito. Estos parámetros son: i) el uso de “figuras contractuales auténticas”; y ii) que no se trate de eludir los impuestos que correspondan a esas figuras.

Para limitar el uso de figuras elusivas, aun cuando por su naturaleza no representan delito, las autoridades tributarias mundiales se han enfocado en la determinación de normas anti-elusión. Estas normas cuando son de carácter general, se han enfocado en la calificación del hecho generador o imponible. En España, el artículo 13 de la Ley General Tributaria, dispone que *“Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera*

Evasión y la Excusación Justificada de los Tributos”. En el libro “Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 72

¹¹ SANZ GADEA, Eduardo, “Medidas antielusión fiscal”, p. 2010.

¹² Id

que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.”

Bajo esta misma línea, en nuestro país, el artículo 17 del Código Tributario adoptó también una medida general anti-elusión respecto de la calificación del hecho gravable, en los términos siguientes:

“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.”

El artículo citado, ha sido utilizado tanto por la autoridad tributaria para determinar impuestos sobre una transacción verificando “su verdadera esencia económica”, por sobre las figuras jurídicas utilizadas; como por los contribuyentes para defender la esencia de la transacción cuando han omitido ciertas formalidades. El hecho de que el Servicio de Rentas Internas analice la naturaleza real de las transacciones basado en lo dispuesto en el artículo 17 del Código Tributario¹³, se ha visto criticado cuando basado en la aplicación de la regla de esencia sobre la forma, se ha desconocido figuras jurídicas válidas, configurándose un hecho generador distinto al real¹⁴.

¹³¹³ “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.”

¹⁴ Dentro de fallo de triple reiteración publicado mediante Resolución No. 07-2016 en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016, dispuso que “en el proceso judicial se tendrá que analizar la verdadera esencia y naturaleza económica para comprobar la real existencia de las transacciones...”

En la calificación del hecho generado en base a una disposición anti-elusión general, existe entonces otro inconveniente que es, cuándo y cómo debe aplicarse este criterio para determinar un impuesto.

Dentro del marco conceptual de las Normas Internacionales de Información Financiera - NIIF, se determina que cuando las disposiciones legales establecen la existencia de “normas superiores” obligatoriamente se atenderán éstas para reconocer los hechos económicos conforme a su esencia; pues es el objetivo de la información financiera el ser una fiel representación de “*la esencia de un fenómeno económico en lugar de representar meramente su forma legal*”¹⁵.

Ahora para llegar a la determinación de la realidad económica, no se puede únicamente atender a las normas contables financieras -a pretexto de descubrir la verdadera esencia económica- y desconocer las normas tributarias. Recordemos que las normas tributarias prevalecen sobre las normas contables y financieras y que este criterio ha sido ratificado por la Corte Nacional de Justicia en fallo dictado el 17 de diciembre de 2013, dentro del Recurso de Casación No. 601-2012:

“El art. 20 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente para el ejercicio fiscal 2006, en su parte pertinente dispone que “la contabilidad se llevará por el sistema de partida doble, en idioma castellano y en dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración los principios contables de general aceptación, para registrar el movimiento económico y determinar el estado de situación financiera y los resultados imputables al respectivo ejercicio impositivo.” Por su parte, el Art. 30 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente también para el año fiscal en discusión dice lo siguiente: “La contabilidad se llevará por el sistema de partida doble, en idioma castellano y en dólares de los Estados Unidos de América con sujeción a las Normas Ecuatorianas de Contabilidad (NEC) y a las

¹⁵ Marco conceptual de las Normas Internacionales de Información Financiera. Tomado de la página web http://www.academia.edu/31520949/Marco_Conceptual_para_la_Informaci%C3%B3n_Financiera

Normas Internacionales de Contabilidad (NIC), en los aspectos no contemplados por las primeras. Para fines tributarios, las Normas Ecuatorianas de Contabilidad deberán considerar las disposiciones de la Ley de Régimen Tributario Interno y de este Reglamento, así como las de otras normas legales o reglamentarias de carácter tributario (...)” (Los subrayados pertenecen a esta Sala). Este Tribunal considera que las disposiciones legales referidas anteriormente, en efecto, mandaban a que los sujetos pasivos de tributos lleven su contabilidad en base a los principios establecidos en las Normas Ecuatorianas de Contabilidad; sin embargo, también es cierto que esos mismos artículos de manera expresa disponen que para fines tributarios, dichas normas contables (NEC) deberán considerar las disposiciones de la Ley de Régimen Tributario Interno y de su Reglamento; **lo cual implica que en materia tributaria, los principios contables están supeditados a lo dispuesto en esta materia, por las normas legales.**”

Es así, que el trabajo de la autoridad tributaria al aplicar una norma anti-elusión general para calificar el hecho generador, debe contemplar tanto la norma tributaria, así como el análisis financiero, para poder concluir respecto de la verdadera naturaleza de las transacciones.

Dentro de las reformas de la LOIPPF se incluyeron algunas medidas para evitar la evasión fiscal, entre las más importantes -o relevantes- se encuentran las siguientes:

1.2.1. Tarifa de impuesto a la renta

La LOIPPF creó una nueva tarifa de Impuesto a la Renta del 25% para sociedades que tengan accionistas residentes en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.

Las sociedades en cuya estructura accionaria se encuentren sociedades o beneficiarios domiciliados en paraíso fiscal o regímenes de menor imposición, deberán aplicar una tarifa del 25% sobre la proporción que corresponda a dichos accionistas. En

caso que la participación accionaria domiciliada en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición sea superior al 50%, la tarifa del 25% se aplicará para toda la sociedad.

A continuación, el artículo correspondiente:

“Art.18 (...) ”Los ingresos gravables obtenidos por sociedades constituidas en el Ecuador, así como por las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en el país y los establecimientos permanentes de sociedades extranjeras no domiciliadas aplicarán la tarifa del 22% sobre su base imponible. No obstante, la tarifa impositiva será del 25% cuando la sociedad tenga accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares residentes o establecidos en paraísos fiscales o regímenes de menor imposición con una participación directa o indirecta, individual o conjunta, igual o superior al 50% del capital social o de aquel que corresponda a la naturaleza de la sociedad. Cuando la mencionada participación de paraísos fiscales o regímenes de menor imposición sea inferior al 50%, la tarifa de 25% aplicará sobre la proporción de la base imponible que corresponda a dicha participación, de acuerdo a lo indicado en el reglamento. (...)” (Énfasis añadido)

El Reglamento a la LOIPPF aclaró que, para la aplicación de estas tarifas diferenciadas de impuesto a la renta, deberá considerarse la composición societaria de la sociedad al 31 de diciembre de cada año.

1.2.2. Residencia fiscal

La LLOIPPF¹⁶ incluyó una serie de criterios para determinar la residencia fiscal de una persona natural en Ecuador, de acuerdo a las hipótesis siguientes:

1. **Permanencia:** Cuando la persona permanezca en el país, incluyendo ausencias esporádicas¹⁷, sea de 183 días calendario o más, consecutivos o no, en el mismo período fiscal.

¹⁶ Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 405 de 29 de diciembre del 2014.

2. **Permanencia en dos ejercicios fiscales:** Cuando la persona permanezca en el país, incluyendo ausencias esporádicas, sea de 183 días calendario o más, consecutivos o no, en un lapso de doce meses dentro de dos periodos fiscales, a menos que acredite su residencia fiscal para el período correspondiente en otro país o jurisdicción¹⁸.
3. **Núcleo principal de actividades o intereses económicos:** Cuando el núcleo principal de actividades o intereses económicos de la persona se encuentre en Ecuador, de forma directa o indirecta.

El núcleo principal de sus actividades o intereses económicos en Ecuador, implica que la persona en los últimos doce meses, directa o indirectamente¹⁹: i) haya obtenido en este país el mayor valor de ingresos con respecto a cualquier otro país; o ii) mantenga en este país el mayor valor de sus activos.

En la normativa no existe un procedimiento para descartar este criterio, sin embargo, en virtud de que la sociedad ecuatoriana no podrá conocer por sus propios medios si el accionista persona natural (directo o indirecto) cumple con este parámetro, será la persona natural quien debe probar o descartarlo.

¹⁷ El número 3 del artículo 7 del Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal (RLOIPFF) define como “ausencia esporádica” del país la que no exceda de 30 días consecutivos.

¹⁸ Si una persona acredita la residencia en un paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición, se mantiene la residencia fiscal en Ecuador durante los 4 periodos fiscales siguientes a la fecha en que dejó de cumplir las condiciones para ser considerado residente fiscal en el Ecuador, a menos que logre probar que su permanencia en el paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición es igual o superior a 183 días calendario, consecutivos o no, en el mismo ejercicio fiscal.

¹⁹ En nuestra opinión el término “indirectamente” significa que el ingreso o la propiedad de los bienes sea de la persona natural a través o por intermedio de una sociedad, sea ecuatoriana o del exterior.

4. **No permanencia y vínculos familiares:** Cuando la persona no haya permanecido en ningún otro país o jurisdicción por un periodo de más de 183 días calendario, consecutivos o no, en el ejercicio fiscal y sus vínculos familiares más estrechos los mantenga en Ecuador.

El número 5 del artículo 7 del Reglamento para la aplicación de la LOIPPF define a los “vínculos personales más estrechos”, al caso en que una persona natural mantiene en este país por los últimos doce meses, a su cónyuge, hijos dependientes o padres dependientes, más días que en cualquier otro país.

La normativa tampoco establece un procedimiento para descartar este criterio, por lo que considero que al igual que en el criterio anterior, será el accionista -persona natural- quien debe desvirtuar esta posibilidad. Para ello la persona natural podría entregar una carta a la sociedad por medio de la cual certifique que no mantiene vínculos familiares estrechos en Ecuador.

En virtud de que ni la Ley ni el Reglamento determinó un orden de prevalencia en la aplicación de estos criterios, entendemos que basta con que uno de ellos se cumpla, para que la persona natural se considere residente fiscal ecuatoriana.

1.2.3. Impuesto a la enajenación de derechos representativos de capital

Una de las principales reformas que incluyó la LOIPPF es el impuesto a la enajenación de derechos representativos de capital, tema principal de este trabajo. La LOIPPF eliminó la exoneración de impuesto a la renta sobre ingresos derivados de la enajenación, ocasional de acciones y participaciones. A partir de enero del año 2015,

está gravada con impuesto a la renta a la utilidad generada en la enajenación directa o indirecta de acciones, participaciones u otros derechos representativos de capital y derechos que permitan la exploración, explotación, concesión o similares que perciban todas las sociedades domiciliadas o no en Ecuador, y las personas naturales residentes o no en el país.

1.3. El impuesto a la ganancia en la venta de acciones en el mundo

Previo a analizar específicamente este impuesto en la legislación ecuatoriana, presentaré varias legislaciones que ya han incluido este tipo de tributo.

En Colombia, por ejemplo, se introdujo el impuesto a la renta sobre rendimientos de capital, como una medida de control de la evasión y de la elusión fiscal. Así, en la Ley No. 1607 del año 2012 se incluyeron disposiciones en materia de escisiones, fusiones y reorganizaciones, así como normas respecto de la tributación de las primas en colocación de acciones. En palabras de doctor Horacio Ayala Vela estas reformas tenían el objetivo de “frenar los abusos que se cometen a través de estas figuras” y “lograr que el impuesto lo pague quien efectivamente obtiene la ganancia.”²⁰

En Chile, la Ley sobre Impuesto a la Renta, en el artículo 10 determina las reglas de tributación respecto de las utilidades obtenidas por enajenación de acciones. La norma establece como sujeto pasivo de este impuesto al “enajenante no residente ni domiciliado en el país,…” y determina como ingreso de fuente chilena, el obtenido por “la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles

²⁰ AYALA VELA, Horacio, “*El Impuesto de Renta en Colombia: Efectos de la Ley 1607 de 2012*”, pág. 11.

en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero”.

El impuesto para el sujeto pasivo antes mencionado, se configura cuando:

- Al menos un 20% del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posee, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera, ya sea a la fecha de la enajenación o en cualquiera de los 12 meses anteriores a esta, provenga de:
 - i. Acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile;
 - ii. Una agencia u otro tipo de establecimiento permanente en Chile de un contribuyente sin domicilio ni residencia en el país, considerándose para efectos tributarios que dicho establecimiento permanente es una empresa independiente de su matriz u oficina principal, y;
 - iii. Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.

Para determinar el 20%, se atenderá al valor corriente en plaza²¹ de los activos chilenos.

- Además, la enajenación deber ser de al menos, un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones, directas o indirectas, de dichas acciones, cuotas, títulos o derechos, efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile del grupo empresarial.

En Sudamérica, Argentina es uno de los países que grava con impuesto a la renta a las ganancias obtenidas en la enajenación de acciones, por una reforma incluida en septiembre de 2013. Esta reforma determinó como hecho imponible, los resultados por la venta de acciones y bonos, entre otros, obtenidos por personas físicas con residencia tributaria en Argentina. Estos ingresos se encontraban -antes de la reforma- exentos del impuesto a la renta, cuando no eran habituales.

El número 3 del artículo 2 de la Ley de Impuesto a las Ganancias en Argentina, después de la reforma de 23 de septiembre de 2013, dispuso que para efectos de la ley se consideran ganancias:

“3) Los resultados provenientes de la enajenación de bienes muebles amortizables, acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, cualquiera fuera el sujeto que las obtenga.”

²¹ El artículo 10 de la Ley sobre Impuesto a la Renta de Chile, se refiere a “valor corriente en plaza”, que “corresponde al valor de adquisición que tiene una especie del mismo género y similar calidad en el lugar y fecha en que ocurrió la transacción”. Definición tomada de la página web del Servicio de Impuestos Internos de Chile (http://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/otros_impuestos/001_020_2717.htm). Es decir, “valor en plaza”, se refiere a un valor de mercado.

El artículo 61 de la Ley de Impuesto a las Ganancias dispone que la ganancia bruta se determinará deduciendo del precio de transferencia el costo de adquisición actualizado. Este costo se actualizará mediante la aplicación del índice de precios al por mayor, suministrados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos²².

En Italia, por ejemplo, desde el 1 de julio 2014 se aplica una tarifa de 26% sobre los ingresos financieros. La base imponible se calcula a partir del valor de venta menos pérdidas de ejercicios anteriores.

En el caso de España, el impuesto a la renta de las personas físicas grava a las ganancias patrimoniales, como la venta de un derecho representativo de capital a un precio superior al de la compra. El artículo 25 de la Ley de Impuesto a la Renta de las Personas Físicas, dispone:

“Artículo 25. Rendimientos íntegros del capital mobiliario.

Tendrán la consideración de rendimientos íntegros del capital mobiliario los siguientes:

1. Rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Quedan incluidos dentro de esta categoría los siguientes rendimientos, dinerarios o en especie:

(...) b) Los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos, excepto la entrega de acciones liberadas que, estatutariamente o por decisión de los órganos sociales, faculden para participar en los beneficios, ventas, operaciones, ingresos o conceptos análogos de una entidad por causa distinta de la remuneración del trabajo personal.”

²² La tabla de índices es elaborada mensualmente por la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA, contendrá valores mensuales para los VEINTICUATRO (24) meses inmediatos anteriores, valores trimestrales promedio -por trimestre calendario- desde el 1º de enero de 1975 y valores anuales promedio por los demás períodos, y tomará como base el índice de precios del mes para el cual se elabora la tabla.

Para determinar la utilidad gravable, se establecerá una ganancia que será la diferencia entre el coste de adquisición y el dinero que se recibe al desprenderse del activo.

Si bien la norma española, al igual que la italiana establecen en general un cálculo “sencillo”, para la determinación de la utilidad gravable, no considera factores adicionales como el valor de venta frente al valor real de esos derechos. Por ejemplo, qué sucede si un sujeto vende acciones que adquirió a US\$12,000 y las vende a US\$120,000. En principio esta transacción generaría una base gravable de US\$108,000; pero, ¿esa es la verdadera utilidad del vendedor?

Con el objeto de reflejar esa verdadera utilidad, el legislador ecuatoriano incluyó ciertas deducciones para determinar la base gravable, sin embargo, son esas deducciones las que producen nuevas interrogantes al momento de aplicar el impuesto.

CAPITULO II: IMPUESTO A LA GANANCIA EN LA VENTA DE ACCIONES

– REFORMA DE DICIEMBRE DE 2014

2.1. Particularidades del impuesto

Aspectos generales

El 29 de diciembre de 2014 se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 405, la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal. Esta ley incluyó algunas reformas entre ellas, la consideración de la utilidad en venta de acciones como ingreso gravado con impuesto a la renta.

La LOIPPF eliminó la exoneración de impuesto a la renta sobre ingresos derivados de la enajenación, ocasional de acciones y participaciones. A partir de enero del año 2015, está gravada con impuesto a la renta a la utilidad generada en la enajenación directa o indirecta de acciones, participaciones u otros derechos representativos de capital y derechos que permitan la exploración, explotación, concesión o similares que perciban todas las sociedades domiciliadas o no en Ecuador, y las personas naturales residentes o no en el país.

Para efectos de aplicar este impuesto, el Reglamento para la aplicación de la LOIPPF incluyó las definiciones siguientes:

- Se entiende por “derechos representativos de capital”, aquellos títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier entidad, patrimonio o sociedad, apreciables monetariamente.
- Se entiende como “titular de dichos derechos”, todo accionista, socio, partícipe, beneficiario o similar, ya sea que la titularidad sea directa (por ejemplo, siendo propietario de acciones de la sociedad ecuatoriana) o indirecta (por ejemplo, siendo propietario de acciones de una sociedad extranjera que, a su vez, es propietaria de acciones de la sociedad ecuatoriana).
- Se entiende como “composición societaria” a la participación directa o indirecta que los titulares de derechos representativos de capital tengan en el capital social o en aquel que corresponda a la naturaleza de la sociedad.

Sobre el sustituto del contribuyente

La sociedad domiciliada o el establecimiento permanente en Ecuador cuyas acciones, participaciones y otros derechos se enajenen directa o indirectamente, tiene conforme a la reforma, la calidad de sustituto del contribuyente y como tal, es responsable solidario del pago del impuesto a la renta y del cumplimiento de sus deberes formales²³.

²³ La figura del sustituto se introduce en el Código Tributario, como una nueva forma de responsabilidad tributaria, en su art. 29.

Entre los deberes formales del sustituto, se encuentra la obligación de las sociedades y establecimientos permanentes cuyas acciones se enajenen, de reportar las transferencias al Servicio de Rentas Internas -SRI; en el caso de no reportar o de reportar de manera errónea estas transacciones, la sociedad será multada con el 5% del valor real de la transacción.

Los responsables de este impuesto a la renta deberán liquidarlo y pagarlo conforme a las condiciones siguientes:

- a. Para el caso de personas naturales residentes y sociedades residentes o establecimientos permanentes: la utilidad obtenida en la enajenación de derechos representativos de capital pasará a formar parte de la renta global, siendo aplicable la tarifa que corresponda conforme a la tabla de personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades respectiva.
- b. Para el caso de sociedades o personas naturales no residentes en el Ecuador, se aplicará la tarifa general prevista para sociedades como impuesto único (22%). Respecto a las condiciones y plazos de declaración de este impuesto, el SRI emitirá una resolución.

Sobre la declaración del impuesto

Respecto de la declaración del impuesto, el 15 de diciembre de 2016 -a dos años de haberse publicado la norma relativa al impuesto a la renta por enajenación de acciones- se publicó en el Registro Oficial Suplemento No. 903, la Resolución del Servicio de Rentas Internas No. 479, por medio de la cual se establecieron las Notas

para la aplicación del Impuesto a la Renta en enajenación de acciones y aplicación del formulario 119.

Las reglas establecidas por el SRI, fueron las siguientes:

- **Enajenaciones directas efectuadas por residentes del Ecuador y beneficiario efectivo ecuatoriano:** En general los residentes ecuatorianos deben declarar los ingresos por la enajenación de acciones, los gastos imputables y las utilidades o pérdidas producidas por la transacción, en su respectiva declaración de impuesto a la renta, como parte de su renta global.
- **Obligación del sustituto de conocer, declarar y pagar el tributo:** El sustituto deberá declarar y pagar el impuesto a la renta cuando²⁴:
 1. En las operaciones gravadas efectuadas de forma directa por no residentes.
 2. En las operaciones gravadas efectuadas de forma indirecta por no residentes.

El hecho de que las reglas para declaración y pago del impuesto a la renta por enajenación de acciones se hayan publicado 2 años después de la publicación de la norma que estableció el impuesto, tuvo como consecuencia que en los dos años de aplicación los contribuyentes no tengan certeza respecto de cómo se debía realizar la declaración y pago del impuesto.

²⁴ Cuando las operaciones gravadas se hubiesen realizado en bolsas de valores del Ecuador no se generará la obligación de ser sustituto.

2.2. Vacíos de la normativa

Respecto a la redacción e instrumentación de la norma, nos surgen interrogantes, sobre la forma en la que se debe determinar la base imponible.

2.2.1. Respecto del cálculo de la base imponible:

El artículo no numerado siguiente al artículo 26 de la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto de la forma de determinar la utilidad en la enajenación de acciones u otros derechos representativos de capital, dispone que:

“La utilidad en la enajenación de acciones u otros derechos representativos de capital se calculará así:

El ingreso gravable corresponderá al valor real de la enajenación.

El costo deducible será el valor nominal, el valor de adquisición, o el valor patrimonial proporcional de las acciones u otros derechos representativos de capital, según corresponda, de acuerdo con la técnica financiera aplicable para su valoración.

También serán deducibles los gastos directamente relacionados con la enajenación.”

Para determinar la utilidad en la enajenación de acciones u otros derechos representativos de capital, la norma dispone que se debe considerar como ingreso gravable el valor real de la enajenación, al cual, conforme a la LOIPFF, se le podrá deducir el valor nominal, el valor de adquisición, o el valor patrimonial proporcional – VPP de las acciones u otros derechos representativos de capital, según corresponda, de acuerdo con la técnica financiera aplicable para su valoración, y menos aquellos gastos directamente relacionados con la enajenación.

Esta valoración de la utilidad dará lugar a un impuesto a pagar, siempre que el valor de venta sea superior a la valoración de las acciones según la técnica contable aplicada por el vendedor.

A continuación, analizaremos la aplicación de cada descuento:

- **Valor Patrimonial Proporcional:** Respecto de la valoración de las acciones, las Normas Internacionales de Información Financiera NIIF, dispone que las inversiones en acciones se contabilizarán aplicando el método de la participación, es decir a valor razonable. El párrafo 18 de NIC 28 dispone que:

“18. Al aplicar el método de la participación, se utilizarán los estados financieros disponibles más recientes de la empresa asociada. Usualmente, tales estados son los elaborados en la misma fecha que los del inversionista. Frecuentemente, cuando las fechas de los estados financieros del inversionista y de la asociada son diferentes, la empresa asociada prepara, para su empleo por parte del inversionista, estados con las mismas fechas que los del inversionista. Cuando sea impracticable esto último, pueden usarse estados financieros con diferentes fechas. El principio de uniformidad establece que la extensión de los periodos contables, así como cualquier diferencia entre las fechas de cierre, deben conservarse de un periodo a otro.”

Según el método de participación, para determinar el valor razonable se deberá tomar los estados financieros más recientes de la entidad adquirida y aplicar la porción del inversionista en el patrimonio de la entidad. Esto se conoce como el Valor Patrimonial Proporcional.

- **Valor de adquisición:** Las normas de contabilidad permitían que las inversiones en sociedades se registren al costo, esto es al valor de adquisición de las inversiones. Sin embargo, al momento las compañías que aplican Normas Internacionales de Información Financiera – NIIF, tienen registrada su inversión a VPP de manera que esta

posibilidad se reduce a entidades no sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, que no apliquen NIIFs.

- **Valor nominal:** Existen ciertas entidades no sujetas al control de la Superintendencia de Compañías que también podrían mantener sus inversiones al valor nominal.

En el caso de las sociedades -entendidas en la definición amplia del artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno²⁵- puede ser fácil aplicar la norma, toda vez que al llevar contabilidad se puede verificar cual es el método o valor de registro de la inversión. Lo mismo puede suceder con las personas naturales o sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad; sin embargo, para las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, nace una duda respecto de qué se puede entender por la técnica contable para la valoración de la inversión.

Si las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad no aplican una técnica contable, ¿cuál debe ser la reducción que apliquen al valor de transacción? Las posibilidades de interpretación de la norma, podría perjudicar a los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad debido a que la deducción que éstos podrían emplear, sería la equivalente al valor nominal de las acciones o derechos, con lo que se generaría una mayor utilidad, como se aprecia del cuadro a continuación:

²⁵ Art. 98.- Definición de sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.

Tipo de valoración	Valor contable	Valor de venta	Utilidad
Nominal	800,00	15.000,00	14.200,00
Adquisición	1.500,00	15.000,00	13.500,00
VPP	15.000,00	15.000,00	0,00

Bajo el criterio de la LOIPPF, los contribuyentes que aplican técnica contable (que se entiende son quienes sí llevan contabilidad) pueden deducir el valor VPP de las acciones o el valor de adquisición, según corresponda. Mientras que los contribuyentes no obligados a llevar contabilidad, sólo podrían deducir el valor nominal de las acciones o derechos, y por tanto tendrían una base imponible superior para el cálculo del impuesto, rompiéndose de este modo el principio de equidad entre unos y otros contribuyentes.

Aun cuando la legislación no sea clara, los beneficiarios de la utilidad producto de la venta de acciones deberían poder disminuir el VPP de las acciones al momento de la venta, para determinar la utilidad, por ser esta la valoración correcta de los derechos representativos de capital.

Esta posición se sustenta con el hecho de que las normas de valoración de bienes y derechos para efectos de la declaración patrimonial -por ejemplo-, determinan que las acciones y participaciones en sociedades legalmente constituidas no cotizadas en Bolsa

de Valores, se valorarán a su valor comercial, que no podrá ser menor a su Valor Patrimonial Proporcional²⁶.

Podríamos deducir que, entonces las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad que presenten declaración patrimonial²⁷, podrán descontar del valor de transacción el VPP de los derechos de capital que posean, por ser ese valor al cual se declaran.

Con este análisis reducimos entonces el grupo respecto del cual continúa la incógnita de qué reducción debe aplicar, y son las personas naturales no obligadas a llevar contabilidad y que no presentan declaración patrimonial. Continuamos entonces, con la hipótesis de que éste tipo de contribuyentes podrán deducir del valor de transacción el valor nominal, por no aplicar la técnica contable que les permita valorar sus inversiones de otra manera.

El hecho de que se aplique un tipo de reducción distinta a los contribuyentes que llevan contabilidad y a los que no la llevan, en perjuicio de los últimos nos involucra en una práctica inequitativa.

En contraste con este análisis, es preciso mencionar el caso de las enajenaciones de acciones que cotizan en bolsa de valores. El artículo 39 de la Ley de Régimen Tributario Interno, dispone: *“Para el caso de transacciones realizadas en bolsas de*

²⁶ Resolución No. 1510 del Servicio de Rentas Internas: *“Art. 4.- Para la valoración de los bienes y derechos, a efectos de la declaración patrimonial se tomarán en cuenta los siguientes criterios:*

5. Tratándose de valores fiduciarios, títulos valores, acciones y participaciones en sociedades legalmente constituidas no cotizadas en Bolsa de Valores, se asignará su valor comercial, que, en el caso de acciones y participaciones, no podrá ser menor a su Valor Patrimonial Proporcional (VPP);”

²⁷ Ley de Régimen Tributario Interno: *“Art. 40-A.- Información sobre patrimonio.- Las personas naturales presentarán una declaración de su patrimonio. En el Reglamento se establecerán las condiciones para la presentación de esta declaración”*

valores del Ecuador el impuesto contemplado será retenido en la fuente de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento". Queda claro que, en este caso, el pago del impuesto es simple, toda vez que se ejecuta a través de una retención en la fuente.

El tercer artículo no numerado siguiente al artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, disponía que para efectos de determinar la utilidad en la enajenación de derechos representativos de capital transados en Bolsas de Valores, se deberá tomar en cuenta las reglas siguientes:

- Cuando la enajenación se realice en el mercado bursátil, se considerará costo de adquisición al valor de compra del derecho representativo de capital.

- En la primera venta a partir del 1 de enero de 2015, en caso de acciones transadas en el mercado bursátil ecuatoriano, que hubieren sido adquiridas hasta el 31 de diciembre de 2014 y mantenidas como saldo a esa misma fecha, se aplicará un valor de arranque como costo de adquisición²⁸.

- En el caso de ofertas públicas secundarias en el mercado de valores ecuatoriano, inscritas a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal el valor de arranque corresponderá al valor patrimonial proporcional calculado a partir de la última

²⁸ Se considera como valor de arranque al menor valor menor que resulte de comparar el valor patrimonial proporcional a la fecha de la última declaración del impuesto a la renta correspondiente al ejercicio fiscal 2014, y el precio nacional de las acciones publicado por las bolsas de valores al 31 de diciembre de 2014.

declaración del impuesto a la renta, a la fecha de inscripción en el catastro público del mercado de valores.

- En la primera venta a partir del 1 de enero de 2015, en caso de enajenación de derechos representativos de capital fuera de bolsas de valores ecuatorianas, el valor de arranque, entendiéndose como tal el valor que debe ser considerado como costo de adquisición en la primera enajenación que ocurra a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, lo constituye el valor patrimonial proporcional calculado conforme la declaración del impuesto a la renta de la sociedad cuyos derechos representativos de capital se enajenen, al 31 de diciembre de 2014.

Como podemos observar de las reglas descritas, el valor del costo de adquisición está determinado y no se encuentra sujeto a interpretaciones. El utilizar como valor de costo para deducir del valor de transacción, el VPP, estamos reflejando el verdadero valor del patrimonio de la sociedad en las acciones que se transfieren.

¿Podemos afirmar que existe una discriminación justificada en el hecho de que la enajenación de acciones de sociedades que cotizan en bolsa, tomen como valor de deducción al VPP, mientras que para otros contribuyentes podría ser el valor nominal?

Nuevamente analicemos, lo que en base a la Opinión Consultiva No. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, significa la existencia de un trato desigual no discriminatorio; esto es en base a la existencia de i) una justificación razonable, ii) una justificación objetiva, iii) la persecución de un fin legítimo y iv) proporcionalidad entre los medios y el fin.

¿Existe una justificación razonable y objetiva? Para cumplir con este requisito, la norma debe ser creada con fundamento en un fin constitucionalmente lícito²⁹. En este caso, como hemos analizado en este trabajo, la finalidad en la creación de este impuesto es principalmente evitar la elusión y evasión fiscal.

Respecto a la proporcionalidad, en efecto si existen diferencias evidentes entre las compañías que cotizan sus acciones en bolsa y otro tipo de contribuyentes; la principal diferencia es la certeza que se tiene sobre el valor de mercado de las acciones que cotizan en bolsa. Sin embargo, esto no presenta una justificación razonable, pues aun cuando respecto de las acciones que cotizan en bolsa existen datos certeros sobre valoración; no es imposible realizar el mismo trabajo respecto de otros contribuyentes.

La diferenciación de valores de deducción entre acciones cotizadas en bolsa y no, no tienen justificación razonable, pues el VPP se puede obtener para todos los casos, y reiteramos es un fiel reflejo del patrimonio de la sociedad y por lo tanto del valor real de las acciones.

2.2.2. Sobre los cambios en el patrimonio

La valoración de las acciones de acuerdo con la técnica contable de una sociedad, puede ser su Valor Patrimonial Proporcional – VPP, que es un método de valoración de inversiones, basado en estimaciones de las ganancias o pérdidas de la compañía en que se invierte, este cálculo se realiza en base al patrimonio de la compañía³⁰.

²⁹ XI jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, España, pág. 189-190

³⁰ Definición obtenida del artículo 1 del Libro I.- Normas generales para las instituciones del sistema financiero.

El VPP de una compañía se conforma por todas las cuentas contables que conforman el patrimonio:

“VALOR PATRIMONIAL PROPORCIONAL: Es el que resulta de dividir el patrimonio neto de la institución para el capital pagado y, este factor, multiplicado por el valor nominal de las acciones poseídas en la entidad a que se refiera el cálculo, luego de aplicar el sistema de corrección monetaria de los estados financieros.”³¹

El hecho de que el VPP sea un cálculo basado en el patrimonio de la compañía, que, si bien refleja la realidad económica, si se puede ver afectado por ciertos valores **no reales**, que modifican esta realidad. Por ejemplo, las cuentas contables de adopción de NIIF por primera vez que se registran en el patrimonio, no son en un efecto real, sino financiero; que al tener que registrarse en el patrimonio lo pueden incrementar sin que ello signifique que las acciones de esa compañía en realidad cuesten más.

Otro hecho importante surge con la reinversión de utilidades. El artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario dispone:

“Las sociedades que reinviertan sus utilidades en el país podrán obtener una reducción de 10 puntos porcentuales de la tarifa del Impuesto a la Renta sobre el monto reinvertido en activos productivos, siempre y cuando lo destinen a la adquisición de maquinarias nuevas o equipos nuevos, activos para riego, material vegetativo, plántulas y todo insumo vegetal para producción agrícola, forestal, ganadera y de floricultura, que se utilicen para su actividad productiva, así como para la adquisición de bienes relacionados con investigación y tecnología que mejoren productividad, generen diversificación productiva e incremento de empleo, para lo cual deberán efectuar el correspondiente aumento de capital y cumplir con los requisitos que se establecerán en el Reglamento a la presente Ley...”³²

http://www.superbancos.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/nueva_codificacion/todos/L1_XI_cap_VIII.pdf

³¹ Id

³² Tercer inciso del artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

Este beneficio, en principio atractivo para los contribuyentes, tiene en efecto una consecuencia al momento en el que ese contribuyente venda su participación en una compañía. Si bien existen una exoneración de impuesto a la renta, el beneficio se puede ver anulado al momento de enajenar esas acciones, precisamente porque esa reinversión de utilidades, materializada en un aumento de capital, incrementa el VPP de las acciones y por tanto podría generar mayor utilidad gravable con impuesto a la renta.

2.2.3. Interpretaciones sobre la aplicación del impuesto

2.2.3.1. Aplicación de principios

Nuestro régimen tributario se rige por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad³³.

El principio de generalidad, o igualdad jurídica, que en palabras del profesor Víctor Uckmar, es la igualdad a la que someten todos los contribuyentes con respecto a la norma tributaria sin excepción³⁴, manda que todos los contribuyentes son iguales frente a la norma tributaria sin que pueda existir una aplicación distinta de la norma.

La aplicación del principio de generalidad nos obliga a analizar la aplicación de la norma respecto al cálculo de la base imponible, bajo la directriz de que, el régimen tributario aplica para todos los contribuyentes sin excepción, de manera que las tres deducciones deben aplicarse por el contribuyente, en base a su técnica contable, insisto, sin excepción.

³³ Artículo 5 del Código Tributario.

³⁴ UCKMAR, Víctor, “Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario”, Editorial Temis, Bogotá, 2002, p 59.

Esta regla nos lleva a la pregunta, si un contribuyente no lleva contabilidad ¿cuál es la técnica contable que debe aplicar?, para este caso, ¿el contribuyente debe deducir el valor de adquisición o nominal como regla general? Antes de contestar deberemos continuar el análisis.

Respecto del principio de igualdad, complementando al principio de generalidad a partir de la Constitución 2008, el sistema tributario en el Ecuador, por norma constitucional, se rige por el principio de equidad. Bajo el concepto de equidad, el régimen tributario debe reconocer las diferencias entre contribuyentes, es decir, aplica la idea de igualdad entre iguales y desigualdades para los desiguales. El crear diferencias de trato atentaría contra el derecho a la igualdad o el principio de equidad, únicamente en la medida en la que esas diferencias no sean razonables, justificadas, proporcionales y necesarias³⁵, en el caso de que estas diferencias no cumplan con estos parámetros representarán un trato discriminatorio.

En el caso que nos ocupa, la norma no establece diferencias no justificadas -en principio-, pues no determina con precisión cómo aplicar las deducciones para el caso de los contribuyentes que no lleven contabilidad; de manera que, la aplicación de los principios de generalidad, igualdad y equidad en su concepto amplio, están en manos de quienes aplican e interpretan la norma, como lo es la autoridad tributaria y los jueces, respectivamente.

³⁵ Sentencia C-160 de la Corte Constitucional Colombiana, 1999.

2.2.3.2. Precios de transferencia para determinar el valor de mercado de las acciones

Otro factor importante de análisis respecto a la determinación de la base imponible en el impuesto a la renta sobre utilidad en enajenación de acciones, es la aplicación del régimen de precios de transferencia.

En términos generales el artículo no numerado posterior al artículo 15 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno dispone que el régimen de precios de transferencia se aplica con el objeto de regular las transacciones que se realizan entre partes relacionadas, de manera que las contraprestaciones entre ellas sean similares a las que se realizan entre partes independientes; es decir, este régimen implica que las transacciones entre partes relacionadas se realicen bajo el principio de plena competencia.

En principio, otro parámetro cuyo estudio es necesario en una transferencia de acciones, es la calidad de las partes, con el objeto de determinar si se consideran partes relacionadas y en consecuencia esta transacción debe someterse al principio de plena competencia.

Los precios de transferencia se pueden definir también como *“aquellos que utilizan o pactan entre sí sociedades sometidas al mismo poder de decisión, circunstancias que permite, a través de la fijación de precios convenidos entre ellas, transferir beneficios o pérdidas de unas a otras, situadas las más de las veces en países*

distintos.”³⁶. Bajo esta referencia, es claro que los precios de transferencia se establecieron con el objeto de evitar que en un grupo económico se traslade la utilidad generada de un país a otro, por medio de transacciones *inter-company*. Esto de hecho, sucedía en Ecuador, cuando se producía una venta de acciones de una sociedad ecuatoriana y ésta transacción no estaba gravada con impuesto a la renta.

Antes de la reforma que grava con impuesto a la renta la utilidad generada en la venta de acciones, el principio de plena competencia y la categorización de partes relacionadas para efectos de una transacción de venta de acciones, no era relevante, toda vez que no generaba impuesto a la renta. Situación que ahora se revierte y de nota importancia dentro del análisis de una transferencia de acciones.

A continuación, incluyo un análisis de lo que se entiende por (i) partes relacionadas y (ii) principio de plena competencia conforme lo dispone nuestra legislación a efecto de comprender el régimen de precios de transferencia y sus implicaciones:

i) Partes relacionadas:

El artículo 4 de la LORTI dispone que se considera partes relacionadas a:

“las personas naturales o 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,

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Español de 19 de enero de 1996.

participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas”³⁷

Por otro lado, la norma dispone que se considera como partes relacionadas a las sociedades que realicen transacciones con entidades domiciliadas, constituidas o ubicadas en una jurisdicción fiscal de menor imposición, o en paraísos fiscales.

El tema de partes relacionadas reviste su importancia ya que la aplicación del principio de plena competencia, se exigirá al momento de determinar la utilidad gravable para efectos de impuesto a la renta por enajenación de acciones.

ii) Principio de plena competencia:

El artículo no numerado posterior al artículo 15 de la LORTI define al principio de plena competencia bajo los siguientes términos:

³⁷ Además, el mismo artículo dispone que los casos en los se presume partes relacionadas son las 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.*

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 Paraísos Fiscales.

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”

“Se entiende por principio de plena competencia aquel por el cual, cuando se establezcan o impongan condiciones entre partes relacionadas en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán sometidas a imposición.”

La aplicación del principio de plena competencia en transacciones entre partes relacionadas, es indispensable para determinar un valor comercial adecuado a la transferencia de acciones, participaciones o derechos representativos de capital, independientemente del valor de descuento.

2.2.4. Transferencia indirecta de acciones

Finalmente, otro parámetro de análisis y contradicción existe respecto de la transferencia indirecta de acciones. Conforme a la normativa tributaria, se entenderá producida la enajenación indirecta siempre que hubiere ocurrido de manera concurrente lo siguiente:

1. Que en cualquier momento dentro del ejercicio fiscal en que se produzca la enajenación, el valor real de los derechos representativos de capital de la sociedad residente o en Ecuador representen directa o indirectamente el 10% o más del valor real de todos los derechos representativos de la sociedad no residente en el Ecuador; y,
2. Que dentro del mismo ejercicio fiscal, o durante los doce meses anteriores a la transacción, la enajenación o enajenaciones de derechos representativos de

capital de la sociedad no residente, cuyo enajenante sea una misma persona natural o sociedad o sus partes relacionadas, correspondan directa o indirectamente a un monto acumulado superior a trescientas fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta de personas naturales. Este monto se ampliará a mil fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta de personas naturales, cuando dicha transacción no supere el 10% del total del capital accionario.

Respecto de la primera condición, el artículo no numerado siguiente al artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno dispuso que el Servicio de Rentas Internas emitirá una resolución mediante la cual se establezca el procedimiento para el cálculo del 10%. Dos años después de la entrada en vigencia de esa norma, el SRI publicó la Resolución No. 479, donde se incluyeron las siguientes reglas:

- Respecto de operaciones efectuadas desde el 01 de enero de 2015 al 28 de febrero de 2015, se estableció que son operaciones gravadas de impuesto a la renta sin consideración a su valor o a la participación societaria en la sociedad residente en Ecuador.
- Respecto de las operaciones efectuadas desde el 1 de marzo de 2015 hasta el 18 de diciembre de 2015, determinó que:
 - a) El 100% de los derechos representativos de capital de la sociedad residente en el Ecuador deben ser equivalentes, directa o indirectamente, al menos al

10% del total de derechos representativos de capital de la sociedad no residente cuyos derechos representativos de capital se enajenan; y

b) El valor de la operación debe ser superior a trescientas (300) fracciones básicas gravadas con tarifa cero por ciento de impuesto a la renta para personas naturales.

- En operaciones efectuadas desde el 19 de diciembre de 2015 en adelante:

a) El 100% de los derechos representativos de capital de la sociedad residente en el Ecuador deben ser equivalentes directa o indirectamente al menos al 20% del total de derechos representativos de capital de la sociedad no residente cuyos derechos representativos de capital se enajenan; y

b) El valor de la operación debe ser superior a: **i)** 300 fracciones básicas gravadas con tarifa 0% de impuesto a la renta para personas naturales, cuando dicha operación supere el 10% del capital social de la sociedad no residente en el Ecuador cuyos derechos representativos de capital se enajenan, o **ii)** 1.000 fracciones básicas gravadas con tarifa cero por ciento de impuesto a la renta para personas naturales, cuando dicha operación sea inferior al 10% del capital social de la sociedad no residente en el Ecuador cuyos derechos representativos de capital se enajenan.

Aun cuando se establecieron parámetros, el cálculo de los límites era complejo, por lo que la norma dispuso que para efectos de determinar los límites se deberán sumar las operaciones efectuadas durante los últimos 11 meses, más todas las operaciones efectuadas en el mes corriente por el que se debe declarar, excluyéndose todas las

operaciones sobre las cuales ya se hubiere declarado y pagado el impuesto en declaraciones efectuadas anteriormente.

El numeral 1 del artículo 39 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, al referirse al cálculo del límite, dispone que se realizará sobre el valor real de la transacción, sin que se especifique si ese valor se debe calcular de acuerdo al ingreso, activo, los flujos futuros o Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization (EBITDA). Tomemos en cuenta que el valor de la transacción, como ya hemos analizado se puede fijar dependiendo del tipo de negociación.

Regresando a la aplicación de los límites, la Resolución No. 479 no se aplicaron cuando: i) la enajenación se produzca sobre derechos representativos de capital de sociedades de las que se desconozca su residencia fiscal o que sean residentes o establecidas en paraísos fiscales o jurisdicción de menor imposición cuya composición societaria pertenezca en más del 50% a titulares residentes o establecidos en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición o de los que se desconozca su residencia fiscal; y ii) las operaciones gravadas que tengan como último nivel a un beneficiario efectivo residente en el Ecuador.

2.2.4. Conclusiones sobre las interpretaciones sobre la aplicación del impuesto

Del análisis de este capítulo concluimos que las dudas o contradicciones se centran principalmente en la determinación de la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta sobre la utilidad en la enajenación de derechos representativos de capital.

Estas contradicciones nacen primero de aplicación de las deducciones basadas en la “técnica contable”, cuando no todos los contribuyentes la tienen, así como de la falta de inclusión de la determinación del valor de transacción, y respecto de la determinación del porcentaje para aplicar la enajenación indirecta.

CAPITULO III: CONSECUENCIAS ECONÓMICAS SOBRE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

3.1. Conceptos básicos

En Colombia en septiembre de 1999, Fedesarrollo³⁸ realizó una encuesta realizada a los gerentes de 101 empresas manufactureras con inversión extranjera directa, respecto de cuáles consideran son los factores relevantes para tomar la decisión de mantener o expandir su negocio en Colombia. Los resultados de esta encuesta los traslado a continuación:

³⁸ Fedesarrollo es una entidad privada sin ánimo de lucro, establecida en 1970 en Colombia y cuyo objeto social es la investigación en temas de política económica y social.

Cuadro 1
Principales Factores que Inciden sobre su Decisión de Permanecer en Colombia (escoja los 3 factores más importantes en orden)

	1 ^o	2 ^o	3 ^o
Ley y Orden	39.1	15.1	12.0
Estabilidad macroeconómica.	34.8	17.4	16.9
Otro	6.5	1.2	2.4
Condiciones *micro* (menor costo laboral, menores costos de insumos etc.)	5.4	8.1	14.5
Incentivos tributarios a la IE	4.3	4.7	8.4
Integración comercial con países andinos	4.3	7.0	12.0
Legislación doméstica más simple y transparente para establecerse y operar en Colombia	2.2	7.0	9.6
Estabilidad tributaria	1.1	19.8	6.0
Integración comercial con EE.UU	1.1	3.5	2.4
Mayor integración comercial con Europa	1.1	1.2	1.2
Conformación del ALCA	0.0	2.3	2.4
Incentivos a las exportaciones	0.0	3.5	7.2
Infraestructura doméstica	0.0	9.3	4.8
TOTAL	100.0	100.0	100.0

Fuente: Fedesarrollo y cálculos de los autores

Dentro de la encuesta, los factores “Ley y Orden” y “estabilidad macroeconómica” ocuparon los primeros lugares como factor **número uno** que inciden en la decisión de inversión. Mientras que como factor **número dos**, los consultantes optaron por “Estabilidad tributaria”. Estas dos elecciones corroboran lo esbozado en este trabajo, pues es claro que para un inversionista son factores importantes, i) la ley y el orden; ii) la estabilidad macroeconómica del país; y iii) la estabilidad tributaria.

Estos tres aspectos se pueden congregar inicialmente en una definición, esto es la seguridad jurídica. Los inversionistas pueden garantizar estabilidad en estos tres aspectos, siempre estén seguros de que el país garantiza la seguridad jurídica. El profesor Joan Francesc Pont Clemente señala que la seguridad jurídica se sintetiza en la certidumbre del derecho y la eliminación de la arbitrariedad. Esto implica que todos los órganos del Estado actúen conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, mismas que no pueden ser arbitrariamente interpretadas ni alteradas por parte de las Administraciones Tributarias.

El profesor César García Novoa, en su libro "El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria", señala lo siguiente:

*“La seguridad jurídica consiste en el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación. Si la norma es formalmente plena o si existe una estricta delimitación de los elementos normativos, se evitará la introducción de criterios subjetivos a la hora de aplicar el Derecho a un supuesto particular. Por tanto, si la regla jurídica en su función genérica y abstracta, debe ser segura, debe serlo para que exista seguridad a la hora de que esa regla se aplique a cada concreta situación. **No es posible desvincular la seguridad de la norma en su aspecto estático, de la seguridad que debe arropar a los ciudadanos en la dinámica aplicativa de la norma.**” (Énfasis añadido)*

De ello se entiende como seguridad jurídica a la certeza de los ciudadanos en relación al derecho aplicable, en este caso la norma no brinda certeza y por tanto es deber de las autoridades públicas el resolver las peticiones de los ciudadanos en base a la normativa y un correcto análisis de los hechos.

La seguridad jurídica, en su concepto global si influye en la decisión de invertir o no en un país. Las cifras de inversión extranjera en los últimos años han variado, según la información publicada en la página web del Banco Central del Ecuador, sobre inversión extranjera.

En el siguiente cuadro podemos ver la variación por sectores:

Rama de actividad económica / período	2013	2014	2015	2016*
Agricultura, silvicultura, caza y pesca	20,768.70	38,919.60	67,798.30	21,049.80
Comercio	110,167.20	148,447.30	172,773.10	17,476.00
Construcción	68,730.50	4,278.40	6,368.00	41,991.20
Electricidad, gas y agua				

	29,201.30	(4,671.10)	61,757.90	2,178.80
Explotación de minas y canteras	252,886.20	685,578.20	559,834.40	291,507.60
Industria manufacturera	137,917.80	107,722.20	264,101.00	20,679.40
Servicios comunales, sociales y personales	(2,318.60)	14,072.50	(10,834.40)	(13,463.00)
Servicios prestados a las empresas	117,685.50	24,363.40	243,254.40	24,518.60
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	(8,530.30)	(246,980.60)	(43,628.40)	6,279.20
TOTAL	726,508.30	771,729.90	1,321,424.30	412,217.60
*La información corresponde al primer semestre del 2016 proyectada de forma anual				

En general, la tabla presenta una variación en descenso respecto de la inversión extranjera, así como analizamos al inicio de este capítulo, la decisión de invertir en un país como el Ecuador, no se la toma únicamente por el factor impositivo, pero éste si es un parámetro importante de análisis previo a invertir.

Dentro de los puntos tributarios importantes para analizar antes de invertir, se encuentran: la tarifa impositiva, la existencia de beneficios tributarios que incentiven la inversión, la carga impositiva a la obtención de préstamos y a la distribución de dividendos y también a la venta de la inversión.

Respecto de la venta de la inversión existen varias opciones para hacerlo, distinta a la enajenación de acciones o derechos representativos de capital, sin embargo, estas opciones también tienen una carga impositiva importante o consecuencias legales tributarias y laborales, como explico a continuación:

1.1. Venta de negocio:

Mediante una venta de negocio se pueden transferir todos los activos y pasivos. Esta transferencia si bien no genera Impuesto al Valor Agregado (IVA), si genera retención en la fuente de impuesto a la renta e Impuesto a la Renta en el caso de que la venta genere una utilidad.

1.2. Venta de activos parcial:

Mediante una venta de negocio parcial se pueden transferir ciertos activos. Esta transferencia genera Impuesto al Valor Agregado (IVA) por los bienes transferidos como muebles o intangibles, y genera retención en la fuente de impuesto a la renta e Impuesto a la Renta en el caso de que la venta genere una utilidad.

1.3. Fusión por absorción:

Mediante una fusión por absorción, una compañía puede adquirir a otra en su totalidad y por tanto esta última se extinguiría. Con esta figura no se genera IVA, IR, ni Retención en la fuente de impuesto a la renta, pero traería otras consecuencias como que los accionistas de la absorbida continuarían participando del capital de la absorbente, lo que no produce en un inicio el efecto deseado.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La inclusión de la utilidad generada en la venta de derechos representativos de capital, como ingreso gravado con impuesto a la renta, mediante las reformas de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal – LOIPPF, es una consecuencia de la aplicación de una política tributaria anti-evasión fiscal.

La aplicación de la reforma dejó específicamente 2 dudas, por un lado, respecto del cálculo de la base imponible y, por otro lado, la determinación de los presupuestos para configurar la venta indirecta de los derechos representativos de capital.

En primer lugar, sobre el cálculo de la base gravable, las inquietudes nacen en la deducción de: i) el valor nominal, ii) el valor de costo, o iii) el valor patrimonial proporcional, de conformidad con la técnica contable que aplique el contribuyente. La norma y su reglamento no determinan con claridad cuál de las deducciones se aplica cuando el contribuyente no tiene técnica contable. Con esa oscuridad en la norma es preciso analizar su aplicación con atención a los principios tributarios.

Al no existir una técnica contable aplicable a ciertos contribuyentes se debe analizar cuál de las tres opciones se debe aplicar. Sin duda la opción del valor nominal, es la más perjudicial para el contribuyente por ser el menor valor (en principio), y lo que generaría una mayor utilidad gravable. Por otro lado, definir si se aplicará el valor del costo o el valor patrimonial proporcional, cuando no existe técnica contable, implica un análisis detallado en base a principios.

En aplicación del principio de generalidad, igualdad y proporcionalidad, la norma no puede aplicarse desatendiendo a las características propias de cada contribuyente.

- El principio de generalidad entendido como una igualdad a la que se someten todos los contribuyentes con respecto a la norma tributaria sin excepción. En este sentido, todos los contribuyentes que enajenen acciones, participaciones o cualquier otro derecho de capital, están obligados a pagar impuesto a la renta sobre la utilidad que genere esa transferencia.
- El principio de equidad, como la interpretación más amplia del principio de igualdad, manda que la aplicación de la norma tributaria atienda las igualdades y las desigualdades de los contribuyentes. La venta de acciones de una persona natural no obligada a llevar contabilidad, no se puede comparar a la venta de acciones de una sociedad. Pero tampoco la venta de acciones de una pequeña empresa no puede compararse a la venta de acciones de una multinacional.
- El principio de proporcionalidad, en los términos incluidos en el artículo 3 número 2 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁹, es uno de los principios rectores de interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que pretende que la norma tenga un fin constitucionalmente válido, que

³⁹ “Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.”

sea idónea, necesaria para garantizar el fin, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. La reforma al artículo 8 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que incluye como ingreso gravado a la utilidad en la enajenación de derechos representativos de capital, tiene un fin constitucionalmente válido que es la “*gestión de los tributos, mediante normas e instrumentos que propendan a la prevención de la evasión y elusión tributaria, en el ámbito nacional e internacional, desincentivando prácticas nocivas de planeación fiscal*”⁴⁰.

A partir de este análisis, el cálculo de la utilidad gravable por enajenación de derechos representativos de capital de aplicar a todos los contribuyentes, distinguir diferencias entre contribuyentes y gravar la utilidad de manera proporcional.

En mi opinión, la manera correcta de establecer la utilidad, independientemente de la técnica contable es deduciendo el valor real de los derechos, eso permitirá obtener la utilidad real. El valor real de los derechos, puede considerarse el valor patrimonial proporcional por ser un fiel reflejo del patrimonio sobre las acciones, siempre que a este valor también lo afectemos con rubros que correspondan a efectos netamente financieros o evitemos desvanecer beneficios tributarios anteriores que hayan incrementado el patrimonio.

La forma en la que se creó este impuesto, puede generar contradicción de normas, por un lado, la política tributaria intenta promover la inversión extranjera, por ejemplo cuando obteniendo utilidades, el inversionista extranjero no recibe dividendos (que son exentos de impuesto a la renta) y decide reinvertir en el Ecuador

⁴⁰ Considerandos de la Ley Orgánica de Incentivos a Producción y Prevención Fraude Fiscal.

beneficiándose de una deducción de 10 puntos porcentuales de impuesto a la renta; pero por otro lado, ese mismo inversionista al vender sus acciones en Ecuador (revalorizadas por efecto del aumento de capital por reinversión de utilidades) deberá pagar impuesto a la renta sobre la utilidad generada en la enajenación, lo que podría en efecto neutralizar los efectos del beneficio anterior.

En segundo lugar, respecto de la forma de determinar la aplicación de la transferencia indirecta de derechos representativos de capital; la norma dispone que se entenderá producida la enajenación indirecta siempre que hubiere ocurrido de manera concurrente lo siguiente:

3. Que en cualquier momento dentro del ejercicio fiscal en que se produzca la enajenación, el valor real de los derechos representativos de capital de la sociedad residente o en Ecuador representen directa o indirectamente el 10% o más del valor real de todos los derechos representativos de la sociedad no residente en el Ecuador; y,
4. Que, dentro del mismo ejercicio fiscal, o durante los doce meses anteriores a la transacción, la enajenación o enajenaciones de derechos representativos de capital de la sociedad no residente, cuyo enajenante sea una misma persona natural o sociedad o sus partes relacionadas, correspondan directa o indirectamente a un monto acumulado superior a trescientas fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta de personas naturales. Este monto se ampliará a mil fracciones básicas desgravadas de impuesto a la renta de personas

naturales, cuando dicha transacción no supere el 10% del total del capital accionario.

La norma establece los parámetros, pero no define como se realizará el cálculo, así para poder determinar si la transferencia indirecta aplica, se debe determinar si el 10% se obtiene por porcentaje de participación o por retribución económica. El numeral 1 del artículo 39 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, dispone que el límite se realizará sobre el valor real de la transacción, sin que se especifique si ese valor se debe calcular de acuerdo al ingreso, activo, los flujos futuros o Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization (EBITDA).

Incluso se debe tener en cuenta, que, en transacciones en el exterior, existen tipos de negociaciones que toman años en finiquitarse, es decir, aun cuando se pacte en un inicio un valor de transacción, ciertas negociaciones establecen retribuciones por flujos futuros. Si el objeto de la norma es evitar la evasión fiscal en transacciones internacionales, es preciso determinar una norma que se ajuste a la realidad de esas transacciones.

Tomando en cuenta que el Servicio de Rentas Internas conoce la estructura accionaria de las sociedades ecuatorianas, se puede determinar el porcentaje de participación de las sociedades extranjeras que se vendan, sobre el patrimonio de una sociedad ecuatoriana, lo que haría más fácil la aplicación del concepto de transferencia indirecta de derechos representativos de capital.

La lógica de la normativa anti-evasión fiscal, incluso conforme fue concebida por los redactores de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del

Fraude Fiscal, como un medio de protección del sistema tributario; por ser éste un instrumento fundamental de política económica, “que además de proporcionar recursos al Estado, permite estimular la inversión, el ahorro, el empleo y la distribución de la riqueza; contribuir a la estabilidad económica; regular conductas nocivas para la salud e incentivar actividades que preserven el medio ambiente”.

Todos estos objetivos requieren normativa que permita ejecutarlos, sin embargo, es fundamental que exista proporción entre la normativa generada y los objetivos, pero sobretodo técnica legislativa que permita que las reglas se apliquen con atención a los principios tributarios y respetando la seguridad jurídica de los contribuyentes e inversionistas locales y extranjeros.

Si bien la inversión extranjera disminuye en Ecuador por varias circunstancias, más allá de las reformas tributarias, la falta de seguridad jurídica es un motivo importante para que un inversionista local o extranjero decida invertir en el país. El hecho de que la normativa no sea clara, o sus reglamentos y las normas de aplicación se expidan después de un año de publicación de la ley, ya implica falta de seguridad jurídica.

Esto exhorta a los legisladores a establecer normativa correctamente analizada y cuya aplicación no sea oscura, pues es eso precisamente lo que dificulta el análisis por parte de los contribuyentes, crea incertidumbre respecto de los objetivos de la ley y sus consecuencias.

BIBLIOGRAFÍA

Páginas web:

- <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/04/Resumen-Ejecutivo-Justificativo-de-Ingresos-y-Gastos-Proforma-Presupuestaria-2016.pdf>

Libros:

- GONZÁLEZ, Eusebio. “Principios constitucionales tributarios”, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1 ene. 1993.
- SEVILLANO, Sandra. “Derechos de los contribuyentes y acciones de interés público: hacia una nueva forma de protección ante la actuación estatal” en “Derecho y ciudadanía: ensayos de interés público”, Editado por Gorki Gonzales, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Perú.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Isidro, “Teoría y política fiscal”, Universidad Externado de Colombia.
- NAVARRINE, S., ob. Cit., ps.1 y ss.; BARRERA, L., La elusión tributaria y las normas antiabuso, en “Boletín A.A.E.F.”, diciembre de 2002, ps. 35 y ss; ASOREY, Rubén, “Economía de Opción, Elusión y Evasión y la Excusación Justificada de los Tributos”. En el libro “Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005.
- ASOREY, Rubén, “Economía de Opción, Elusión y Evasión y la Excusación Justificada de los Tributos”. En el libro “Estudios de Derecho Tributario Constitucional e Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005.
- SANZ GADEA, Eduardo, “Medidas antielusión fiscal”, p. 2010.
- AYALA VELA, Horacio, “El Impuesto de Renta en Colombia: Efectos de la Ley 1607 de 2012”.
- XI jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, El Principio de Igualdad en la Constitución Española, España.
- UCKMAR, Víctor, “Principios Comunes del Derecho Constitucional Tributario”, Editorial Temis, Bogotá, 2002.

Legislación:

- Constitución de la República del Ecuador.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal.
- Ley sobre Impuesto a la Renta de Chile.
- Código Tributario ecuatoriano.
- Resolución No. 1510 del Servicio de Rentas Internas
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno

- Normas generales para las instituciones del sistema financiero.
http://www.superbancos.gob.ec/medios/PORTALDOCS/downloads/normativa/nueva_codificacion/todos/L1_XI_cap_VIII.pdf
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Jurisprudencia:

- Fallo de triple reiteración publicado mediante Resolución No. 07-2016 en el Suplemento No. 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016.
- Registro Oficial Suplemento No. 405 de 29 de diciembre del 2014.
- Sentencia C-160 de la Corte Constitucional Colombiana, 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español de 19 de enero de 1996.

Normas financieras:

- Marco conceptual de las Normas Internacionales de Información Financiera. Tomado de la página web:
http://www.academia.edu/31520949/Marco_Conceptual_para_la_Informaci%C3%B3n_Financiera