

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO

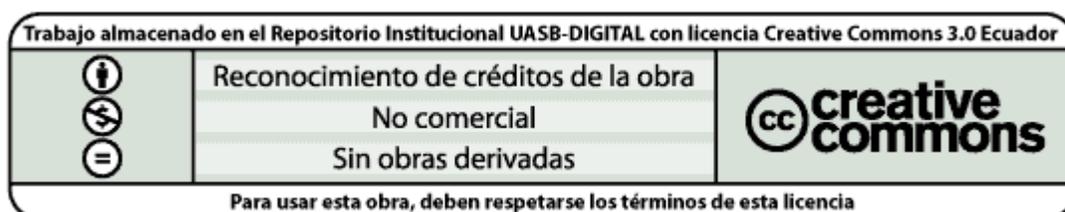
PROGRAMA INTERNACIONAL DE MAESTRÍA EN
DERECHO

TEORÍA E INCIDENCIAS COMPARADAS DE LA
SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR

ABG. PATRICIO DAVID DEL POZO FIERRO

AÑO 2013

QUITO - ECUADOR



CLAUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE TESIS/MONOGRAFÍA

Yo, Patricio David Del Pozo Fierro, autor de la tesis intitulada Teoría e Incidencias Comparadas de la Subcapitalización en el Ecuador, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención de título de Magister en derecho, Mención Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 07 de Junio del 2013

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO

PROGRAMA INTERNACIONAL DE MAESTRÍA EN
DERECHO

TÍTULO DE LA TESIS:

TEORÍA E INCIDENCIAS COMPARADAS DE LA
SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR

AUTOR

ABG. PATRICIO DAVID DEL POZO FIERRO

AÑO 2013

DR. CÉSAR MONTAÑO GALARZA

QUITO - ECUADOR

RESUMEN

En el mundo de hoy, producto de la globalización, muchas empresas principalmente las multinacionales, incrementan su actividad económica trasladando sucursales o filiales a otros países, lo que a logrado dinamizar la economía mundial y ha traído muchos beneficios. Con el incremento de esta actividad, las empresas han buscado formas inusuales de sacar beneficio, y que éste resulte atractivo a efectos lograr superar a la competencia; estos beneficios muchas veces se traducen en perjuicios para las administraciones tributarias de los países en donde se generan los recursos sujetos a imposición.

Uno de estas actividades inusuales es la capitalización de empresas simulada, mejor conocida como subcapitalización.

El presente trabajo, tiene por objeto presentar dentro de la investigación, los diferentes aspectos de la subcapitalización, entre ellos, las diferentes conceptualizaciones que se dan sobre el tema, las características y las formas como podemos reconocerla; además, pretende hacer un acercamiento a todos y cada uno de los elementos que configuran esta transacción simulada entre empresas vinculadas, los métodos reconocidos a nivel internacional, así como un estudio, de las regulaciones sobre subcapitalización que está en los modelos de convenios más utilizados a nivel internacional como son: el Convenio OCDE y ONU, constituyéndose en un material o literatura de apoyo para el estudio y la comprensión de la figura, además de servir a estudiantes que ambicionen ahondar en el estudio y profundización de esta figura.

DEDICATORIA

A Dios, a mis
padres Patricio e Isabel,
quienes me han inspirado
toda la vida, a mi hermano
Eduardo, por sus buenos
consejos, a mis profesores
por su amplio criterio.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, a todos los maestros y docentes que con su apoyo desinteresado y su afán, ayudan al bienestar y desarrollo intelectual del Ecuador, a mi tutor César Montaña Galarza, por su valiosa aportación en el tema materia de la Investigación que a continuación presento.

ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO I Teoría de la Subcapitalización

- 1.1. La capitalización de empresas
 - 1.1.1. Aportes después de constituida la compañía
 - 1.1.1.1. Conversión de las Reservas
 - 1.1.1.2. Revalorización de las aportaciones
- 1.2. La subcapitalización
 - 1.2.1 Capital Ajeno versus Capital Propio
 - 1.2.2. La subcapitalización material
 - 1.2.3. La subcapitalización formal
 - 1.2.3.1 Elementos de la subcapitalización formal
 - 1.2.3.2. El elemento de la vinculación en la subcapitalización formal
 - 1.2.3.3. Las partes relacionadas como elemento de la subcapitalización formal
 - 1.2.3.4. El endeudamiento como elemento de la subcapitalización formal
 - 1.2.3.5. El mismo grupo económico como elemento de la subcapitalización formal
 - 1.2.3.6. Los paraísos fiscales como elemento de la subcapitalización formal
 - 1.2.3.7. Los beneficios encubiertos como elemento de la subcapitalización formal
 - 1.2.3.8. Intereses versus aportación de capital, como elemento de la subcapitalización formal
- 1.3. Métodos de la Subcapitalización
 - 1.3.1. Método Subjetivo
 - 1.3.1.1. Principio de ARM S LENGTH
 - 1.3.2. Método Objetivo

CAPÍTULO II La Subcapitalización a nivel internacional

- 2.1. La Subcapitalización en el Modelo de la OCDE
 - 2.1.1. Los Intereses en el modelo de la OCDE
- 2.2. La subcapitalización como Elusión o Evasión Fiscal
- 2.3. La Subcapitalización en el modelo ONU
- 2.4. La Subcapitalización en el Modelo ILADT

CAPÍTULO III La subcapitalización y sus aspectos más problemáticos en la legislación ecuatoriana y el derecho comparado.

- 3.1. Las Regalías
- 3.2. La Vinculación

3.3. El Endeudamiento

3.4. Valoración del análisis entre la jurisprudencia Ecuatoriana y la Argentina.

CONCLUSIONES

- 1) Conforme me plantee como objetivo, en el Ecuador la subcapitalización cumple con los parámetros internacionales y está regulada.
- 2) Conforme mi objetivo, se estudió a la subcapitalización, en todos sus aspectos, naturaleza, teoría, clases, elementos, métodos, y principios reguladores; permitiendo tener una concepción amplia sobre el tema.
- 3) La tesis brinda un aporte con la identificación de elementos distintivos de la subcapitalización.
- 4) La subcapitalización no solo se configura con los préstamos.
- 5) Se pudo encontrar varios calificativos que pueden caracterizar a la subcapitalización: elusión, evasión, simulación, fraude a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO 1

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Parke Davis y Cia., S.A., Opinión del Procurador General de la Nación Argentina.

1. CAPÍTULO I TEORÍA DE LA SUBCAPITALIZACIÓN

En éste capítulo, haremos un acercamiento a lo que es la capitalización de empresas, para luego adentrarnos en el estudio pormenorizado de la subcapitalización, analizando sus conceptos y elementos característicos que nos permitan explicarlo de la mejor manera posible.

1.1. LA CAPITALIZACIÓN DE EMPRESAS.

Para entender la subcapitalización, es necesario emprender un análisis que nos permita señalar los hitos importantes en la caracterización e identificación de la figura materia del presente estudio; para ello nos enfocaremos de manera inicial en lo que es una “sociedad”. Según nuestro Código Civil (C.C.E.)¹, “Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan”², es decir, un contrato por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias para emprender operaciones de carácter mercantil, con el objetivo principal de obtener lucro, se lo puede entender también, como el hecho de compartir las utilidades que al negocio puedan reputarse, así como, repartir las pérdidas, de ser el caso; otras acepciones también establecen, que sociedad es aquella en que un comerciante da a una o más personas participación de las utilidades o pérdidas, es decir, comparte con su socio.

¹ Código Civil, Codificación 10, R.O. Suplemento 46, del 24 de junio del 2005.

² Código Civil, Codificación 10, artículo 1957, R.O. Suplemento 46, del 24 de junio del 2005.

Según nuestra Ley de Compañías (L.C.)³ en el artículo 1 establece: “Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades”.⁴

No olvidemos que nuestra Constitución facilita y promueve la libertad de empresa, derecho de asociarse y reunirse en forma libre y voluntaria, libertad de contratación y reunión con fines pacíficos, principios regulados según el artículo 66 de la Constitución (C.E.) del 2008.⁵

Hemos entrado a la conceptualización, de qué es lo hay que entender por sociedad, debido a que se encuentra inmerso en ella el tema de la capitalización de empresas, tema transcendental para empezar nuestro estudio, materia del presente trabajo. Por ello, explicado ya en cortos términos el concepto de sociedad; ahora es preciso aclarar, cómo ésta se capitaliza, es decir, como en la sociedad ingresan los valores dinerarios para los movimientos económicos que necesita para su funcionamiento, y de esta manera cumplir con el objeto social para el cual fue constituida.

En el tema de la capitalización de empresas podemos encontrar que una de las modalidades para cumplir tal efecto, es principalmente y en un primer momento, el instante mismo de su constitución; esto es, al momento que nace una compañía, deberá estar integrada por un capital aportado por todos y cada uno de los socios de la compañía a constituirse; esto involucra, que el capital de

³ Ley de Compañías, R.O. 312 del 5 de noviembre de 1999.

⁴ Ley de Compañías, artículo 1, R.O.312 del 5 de noviembre de 1999.

⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008, “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: {...} 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.”, R.O. 449 del 20 de octubre del 2008.

integración será la primera aportación de capital de la empresa y por ende, ésta quedará capitalizada para su funcionamiento futuro.

Mario Paz y Miño Cevallos al hablar del tema de la aportación de capital, conceptualiza tal hecho como: “el compromiso de tradición – ¿o simple entrega?- de algo, en beneficio de un fondo común.”⁶ Es decir, al momento de constituir una empresa, el hecho de aportar, contribuir, ayudar, permite que la misma se capitalice, obteniendo de ésta manera recursos propios a través de sus socios, quienes constituyen la empresa, a este evento se lo puede denominar, primer momento de capitalización.

Quien contribuye se desprende de su capital y éste pasa a formar parte del capital de la empresa o persona jurídica en formación, contablemente este monto o valor entra a la cuenta de patrimonio; según José Orozco al referirse al capital autorizado de la compañía, da un concepto que nos permitirá entender este hecho de mejor manera, dice: “...Es el que se declara inicialmente para la conformación de una empresa o compañía y que figura en la escritura de constitución, para los fines de suscripción y pago de las aportaciones de los socios o para la emisión de acciones en las sociedades de capital.”⁷

En la cuenta de patrimonio se reflejarán los valores aportados por los socios, valores que vendrían a ser el primer capital monetario con el que cuenta una compañía.

El mismo Orozco singulariza al capital suscrito expresando que: “Capital suscrito.- es la segregación del capital autorizado que hacen cada uno de los

⁶ Mario Paz y Miño Cevallos, *Casos y Alegatos Societario*, Quito, Editores Universidad Central del Ecuador, 2002, p. 422

⁷ José Orozco Cadena, *Contabilidad General*, Quito, Emanuel Editores, 1997, pág. 442

socios, para participar como dueños de la empresa o compañía mediante la suscripción de acciones emitidas.”⁸

Ahora bien, existen formas de aportación de capital. La primera puede ser en numerario, o lo que es lo mismo en dinero, y la segunda es en especie, entendida ésta como la aportación de bienes de cualquier clase, cualquiera de los dos está avalado por nuestra L.C.⁹

a) Aportaciones en numerario.- Cuando hablamos de la aportación en numerario, encontramos dos formas, la primera forma que se denomina en su integridad, es decir, todo el valor que se pactó en la escritura de constitución; en donde el socio transfiere el capital a nombre de la compañía, y una segunda forma, en la que, la compañía puede tener el capital suscrito, pero su aportación será parcial, lo que significa, que el monto faltante tendrá que ser aportado en un plazo determinado por la Ley (dependiendo del tipo de compañía), sólo así se podrá establecer que la compañía tiene su capital íntegramente suscrito y pagado, con ello, suficientemente capitalizada para cumplir los fines propios de la compañía.

Para el caso de aportación en especie, ésta deberá integrarse en su totalidad, ya que no podríamos aportar medio vehículo o medio bien mueble.

⁸ (J. Orozco Cadena, Contabilidad General, p. 442).

⁹ Ley de Compañías, “Art. 102.- El capital de la compañía estará formado por las aportaciones de los socios y no será inferior al monto fijado por el Superintendente de Compañías. Estará dividido en participaciones expresadas en la forma que señale el Superintendente de Compañías.

Al Constituirse una compañía, el capital estará íntegramente suscrito, y pagado por lo menos en el cincuenta por ciento de cada participación. Las aportaciones pueden ser en numerario o en especie y, en este último caso consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan a la actividad de la compañía. El saldo del capital deberá integrarse en un plazo no mayor de doce meses, a contarse desde la fecha de constitución de la compañía.” R.O. 312, del 5 de noviembre del 1999.

b) Suscripción pública de acciones.- También existe la suscripción pública de acciones, otro tipo de capitalización de empresas distinta a la ya singularizada, a la que la llamaremos segundo tipo de capitalización de empresas, misma que funciona de la siguiente manera: para el caso de compañías anónimas, se realiza un llamado público para que se suscriba o se aporte capital; esto en Ecuador, a nivel internacional existe el mercado internacional de acciones o más conocido como las bolsas de valores. En Latinoamérica a emergido desde los años 80, la colocación en el mercado internacional de las acciones, como un sistema útil para efectos de capitalización de empresas, en la cual intervienen un sin número de reglas, entre ellas, la decisión de aumentar el capital por parte del órgano directivo de la compañía, la determinación de las condiciones de emisión de las acciones, y condiciones de pago.¹⁰

No son objeto de aportación para capitalizar una empresa: los derechos de uso y goce; las promesa de compraventa, cosas futuras, prestaciones sucesivas, servicios personales, bienes inmateriales, como por ejemplo, una marca comercial; además, es preciso señalar que no existirá aporte cuando se lo haya hecho ocultando el gravamen del bien objeto de la transferencia; ya que se lo consideraría ficticio.

c) Aumento de capital.- Otro de los mecanismos de capitalización de las empresas, y en nuestro estudio la tercera forma de capitalizar la empresa, se trata del aumento de capital, el más conocido es el aporte en numerario que hacen los socios después de constituida la compañía, este aumento de capital se produce

¹⁰ Martin Esteban Paolantonio, *Operaciones Financieras Internacionales*, Buenos Aires, Rubizal editores, sf., p. 93.

cuando los socios de manera directa aportan dinero, en el caso de compañías tenedoras de acciones, la aportación la realiza la compañía matriz a la filial, para entenderlo de mejor manera voy a citar una Resolución de la Superintendencia de Compañías que nos dice: "...las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas {...} podrán incrementar el capital asignado, sujetándose a la ley y sus reglamentos. {...} a) mediante aportes de la casa matriz en efectivo o en especie"¹¹

Para realizar un aumento de capital, éste deberá ser primeramente aprobado mediante acta de junta general; la compañía podrá realizarlo siempre y cuando haya pagado por lo menos el cincuenta por ciento del capital inicial o del aumento anterior, de ser el caso.

El aumento en las compañías anónimas podrá hacérselo mediante cualquiera de éstas dos modalidades 1) emisión de nuevas acciones, ya explicamos cómo puede realizarse la emisión de acciones. Cuando hablamos del campo internacional, ésta puede verse, en el momento en que las compañías realizan negocios financieros, precisamente en lo referente a la negociación de acciones en bolsa de valores; en Ecuador ésta modalidad no es muy común, debido a que se lleva la contabilidad en base a las normas ecuatorianas de contabilidad (NEC)¹², entorno que camufla la verdadera situación financiera de la

¹¹ Superintendencia de Compañías, Resolución 97.1.3.3.0005 "...las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas {...} podrán incrementar el capital asignado, sujetándose a la ley ay sus reglamentos. a) mediante aportes de la casa matriz en efectivo o en especie, b) utilización de los saldos acreedores de la cuenta de aportes de la casa matriz para aumentar el capital asignado ... " R.O. suplemento 55, 30 abril de 1997.

¹² Al respecto mirar: R.O. Suplemento 4, del 18 de septiembre del 2002, Normas Ecuatorianas de Contabilidad, NEC.

compañía, mientras que a nivel internacional por lo general, se adopta las normas internacionales de información financiera (NIIF'S).¹³

Los negocios en el Ecuador podrán realizar mayores y mejores transacciones, utilizando las normas internacionales de información financiera (NIIF'S), que permitirá a las empresas, reflejar de mejor manera su situación financiera y económica; hecho éste que hoy en la actualidad, se está implantando en el Ecuador.

Otra forma de aumento de capital en las compañías anónimas será, la elevación del valor de las acciones ya emitidas.

Para el aumento de capital, los accionistas tendrán derecho preferente en proporción a sus acciones, para suscribir las que se emitan en caso de aumento de capital; para lo cual, debe realizarse una publicación por la prensa sobre el aumento de capital, para que el accionista ejerza sus derechos dentro de los treinta días subsiguientes a la publicación; los accionistas que no estén al día en sus obligaciones, en las suscripciones anteriores, no podrán ejercer este derecho, a menos que cancelen las obligaciones para con la compañía, es decir, pague sus acciones, dentro del término de treinta días.

En consecuencia, el aumento de capital se llevará a cabo también mediante la utilización de las siguientes formas: en numerario que es el aporte en efectivo, como ya lo mencionamos en líneas anteriores, cuando se intenta constituir una compañía; en especie, que es en definitiva la transferencia de bienes a la compañía, y no dinero en efectivo; por compensación de créditos; por

¹³ Al respecto mirar: Superintendencia de Compañías, Resolución, R.O. 566 del 28 de octubre del 2011, Normas Internacionales de Información Financiera NIIF'S.

capitalización de reservas; por capitalización de utilidades del ejercicio económico; y, por revalorización de patrimonio o aportaciones.

1.1.1. APORTES DESPUÉS DE CONSTITUÍDA LA COMPANÍA

Una vez constituida la compañía, después de haber capitalizado la primera vez, los socios podrán realizar aportes, de hasta el 50 por ciento del capital suscrito, y en el caso de que éste aporte no llegue a realizarse, nos encontraremos en un caso de subcapitalización de empresa; ya que la misma no cuenta con el suficiente capital para operar, por lo tanto, la empresa estará subcapitalizada. De esta figura hablaremos más tarde, en éste mismo capítulo, en el numeral 1.2.; y, cuando tratemos el tema referente a las formas de subcapitalización de empresas.

1.1.1.1. CONVERSIÓN DE LAS RESERVAS

Cuando está constituida la compañía, una forma de capitalizar la misma, es precisamente la conversión de las reservas, esta figura de las reservas está establecida en la ley y por lo general, también constan en los estatutos de la compañía; dependiendo de la forma en que éstas se realizan, toman el nombre de facultativas o legales.

Las reservas legales son las que están previstas en la ley, por ello tienen el carácter de obligatorias, y por ende representan un mandato; en otras palabras, las compañías están obligadas a cumplir. En nuestro país se regula en base a la (L.C.) según el artículo 109, que establece: “Art. 109.- La compañía formará un fondo de reserva hasta que éste alcance por lo menos al veinte por ciento del

capital social. En cada anualidad la compañía segregará, de las utilidades líquidas y realizadas, un cinco por ciento para este objeto.”¹⁴

La conversión de las reservas, no solo es legal, sino también existe la otra forma, llamada facultativa o estatutaria, toma este nombre precisamente por estar reglada en los estatutos de la compañía, mismos que son establecidos por los socios de la compañía; éstas, tienen otro aspecto muy diferente a las que ya nos referimos, y no son obligatorias, sino voluntarias; ya que los socios como ya mencioné, al momento de constituir la sociedad o compañía, están en la capacidad de negociar si desean que conste en la escritura de constitución una reserva que puedan en el futuro convertir en ya sea, aumento de capital o capitalización de la empresa.

Concordante con todo lo dicho, el artículo 140¹⁵ de la L.C. en Ecuador, establece la forma de capitalización de las empresas, a las que ya nos referimos en el acápite anterior, así como también, menciona otras modalidades que encajan con las formas internacionales de capitalización de compañías, la más importante a nivel internacional es la suscripción de acciones, mediante la emisión de las mismas en el mercado internacional, y la negociación de éstas en bolsa.

¹⁴ Ley de Compañías, artículo 109, R.O. 312, del 5 de noviembre del año 1999.

¹⁵ Ley de Compañías, “Art. 140.- El pago de las aportaciones por la suscripción de nuevas participaciones podrá realizarse:

1. En numerario;
2. En especie, si la junta general hubiere resuelto aceptarla y se hubiere realizado el avalúo por los socios, o los peritos, conforme lo dispuesto en el Art. 104 de esta Ley;
3. Por compensación de créditos;
4. Por capitalización de reservas o de utilidades; y,
5. Por la reserva o superávit proveniente de revalorización de activos, con arreglo al reglamento que expedirá la Superintendencia de Compañías.

La junta general que acordare el aumento de capital establecerá las bases de las operaciones que quedan enumeradas.” R.O. 312, del 5 de noviembre de 1999.

Respecto al tema de las reservas, podemos concluir diciendo, que en el Ecuador y con referencia a las compañías, ya sea ésta anónima o compañía de responsabilidad limitada, la ley prevé la obligación de realizar con las utilidades obtenidas en un periodo anterior, un bloqueo de fondos para que estos se capitalicen posteriormente.

1.1.1.2 REVALORIZACIÓN DE LAS APORTACIONES

Cuando una compañía ha obtenido un *superávit*, obteniendo utilidades netas durante un ejercicio anual, es decir, de enero a diciembre de un año en particular; las aportaciones de los socios en el mercado son más apreciadas y apetecidas, ya que la compañía se ha revalorado y si la compañía acostumbra a tener *superávit*, podemos decir que las acciones o participaciones de la empresa tienen un valor mayor; José Orozco dice: “**superávit**.- Es la cuenta que se emplea para la acumulación de utilidades netas que pueden ser mensuales, bimensuales, trimestrales, semestrales o anuales durante un ejercicio anual. Utilidades que se acumulan luego de haberse efectuado todos los ajustes posibles en cada entidad”.¹⁶

En definitiva, existe muchas formas de capitalizar las empresas, conforme lo hemos visto hasta el momento, y en definitiva, puedo decir que capitalizar una empresa, es proporcionarle los fondos suficientes de dinero o valores en especie, para que la compañía continúe su funcionamiento, tanto económico como financiero, y pueda cumplir con el objetivo social para el cual fue creada. Ahora que tenemos un concepto claro de lo que es la capitalización de empresas, voy a

¹⁶ (J. Orozco Cadena, Contabilidad General, p. 444).

realizar un análisis de lo que es la subcapitalización de empresas, y me adentraré en sus características y conceptualización.

1.2. LA SUBCAPITALIZACIÓN

La subcapitalización de empresas, es diferente a lo que debe entenderse por capitalización. La subcapitalización utiliza un método no tradicional, pero con el mismo objetivo, el de capitalizar una empresa, es decir, que ingrese dinero a la empresa; en esta figura, se usa maniobras financieras o jurídicas distintas a las comunes, que permiten conseguir este fin, pero el resultado de ésta forma camuflada de capitalizar, crea en el campo tributario diferentes beneficios que resultan agradables para los empresarios y destructivos para la administración de control o mejor dicho, para los Estados recaudadores de impuestos.

De los resultados que obtienen las empresas, podemos destacar entre uno de los beneficios, el hecho de que las empresas que aplican esta figura, superan a las demás económicamente, con total diferencia de las que lo realizan en forma tradicional. Hay que considerar además que el principal beneficio resultante de aplicar esta figura, es el beneficio fiscal, entendido como reducción de impuestos resultante de la aplicación de ésta figura. Héctor Belisario Villegas, en su libro Curso de Finanzas y Derecho Financiero y Tributario, da un concepto de subcapitalización: "Subcapitalización. Es la aportación de capital que una sociedad hace a otra, situada en distinto país, bajo la forma de un préstamo, de tal manera que los intereses sean deducidos donde la tributación sea más alta y tributen

donde sea más baja....”¹⁷ Karina Montestruque Rosas da su concepto y dice: “Se entiende por subcapitalización o infracapitalización de una sociedad, aquella situación en la que, la proporción entre el volumen de recursos propios y ajenos procedentes directa o indirectamente de sociedades del grupo, supera aquella proporción que podría considerarse normal en una situación de libre concurrencia...”¹⁸. Otra forma de conocerla a esta figura es la *Thin capitalization*, así nos da el concepto Marlon Manya Orellana en su libro *Apuntes de Fiscalidad Internacional* : “La subcapitalización o también conocida en el idioma inglés como “*thin capitalization*”, consiste en la financiación entre empresas de un mismo grupo que se encuentran situadas en distintas jurisdicciones, con el fin de encubrir una financiación con recursos propios por recursos ajenos...”¹⁹

Creo que hasta el momento está clarificado el tema, acerca de lo que significa la subcapitalización, pero si las dudas persisten, creo necesario, transcribir pocos conceptos citados en el libro del Economista Marlon Manya Orellana como es a “Gonzales Poveda, que dice: “la subcapitalización es conocida como la maniobra elusiva de las sociedades, que por motivos fiscales, para reducir, minimizar la carga fiscal del grupo, recurren a la financiación con fondos ajenos para encubrir una auténtica aportación de capital”.²⁰

Con todos estos conceptos podemos decir que esta figura tiene como característica propia la financiación de la empresa pero siempre y cuando éstas

¹⁷ Héctor Belisario Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 655.

¹⁸ Karina Montestruque Rosas, *Aspectos Fiscales de la Subcapitalización de Sociedades y su Regulación en el Perú*, Lima, s.e., s.f., p. 258.

¹⁹ Marlon Manya Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, s.c. Edición No. 1, 2009. p. 65.

²⁰ (M. Manya Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, p. 66).

estén en un mismo grupo o mejor dicho mantengan entre ellas una estrecha relación de actividades, o entre una matriz y una filial, o que exista de por medio algún interés que perciba un beneficio resultante de la actividad financiera. Otra acepción es la de Silvia Catinot y Norberto Campagnale citada en el mismo libro y dice: “también suele denominarla “capitalización exigua” (o “capitalización encubierta”), puesto que implica que la proporción del patrimonio societario financiado mediante deuda es anormalmente alta con relación a la proporción financiada con capital propio”²¹.

Es así que Ricardo E. Riveiro, en su trabajo de Capitalización exigua dice: “...la capitalización exigua, no se han centrado en temas exclusivamente fiscales, más bien se iniciaron en el derecho mercantil, por cuanto artilugios mediante, se intentaron encubrir la responsabilidad patrimonial de las sociedades. ...”²² Es decir que esta forma de capitalizar la empresa, es en sí, una forma práctica de camuflar los valores monetarios que van a la compañía, y hacerlos útiles a través de deducciones, o mejor dicho maquinando su uso para que aplicables con la ley, resulten en beneficios económicos de sus grupos relacionados.

El problema radica principalmente, en la forma en que cada empresa compite con otras similares y logra mejores resultados, obteniendo con ello maneras lucrativas que le permitan acrecentar ventajas económicas ante las otras, por esta razón, esta figura de la subcapitalización, es utilizada por compañías relacionadas o pertenecientes al mismo grupo económico.

²¹ (M. Manyá Orellana, Apuntes de Fiscalidad Internacional, p. 66).

²² Cecilia Goldemberg, *Manual de precios de Transferencia en Argentina*, Buenos Aires, Fondo Editorial, 2007, p. 438.

Esta figura tiene trascendental importancia en lo tributario, precisamente por lo mencionado anteriormente; como es el desequilibrio que generarían las compañías que manejan esta figura *versus* las que no la usan, además hay que considerar también la rentabilidad y el beneficio económico resultante, que se traduce en la diferencia de impuesto a pagar. Este beneficio económico se lo explica de la siguiente manera: cuando existe una compañía situada en un país, y otra no residente en ese país, y en donde la brecha fiscal entre uno y otro sea diferente, es decir, los impuestos a pagar son porcentajes distintos, encontraremos el beneficio resultante, al momento de establecer la diferencia. Como bien sostiene Héctor Belisario Villegas "...Recibe este nombre porque la proporción de los recursos ajenos de la sociedad frente a los recursos propios es superior a la que existiría de tratarse de sociedades no vinculadas."²³

La institución más utilizada para esta figura es el préstamo, aunque pueden existir otros, (como por ejemplo regalías, objeto de un estudio posterior) los préstamos opacan los mecanismos de financiación comunes, por las del interés que llegan a ser deducibles al momento de pagar los impuestos, diferente a los efectos que produce el capitalizar la empresa de modo regular, como son las aportaciones de los socios, las aportaciones para compensar pérdidas, aumentos de capital, o la capitalización de las reservas entre otras; hecho éste, que cambia la estructura de participación patrimonial, pero así mismo se vuelve atractivo para futuros socios, ya que esto resultaría en beneficios que son traducidos a incremento de utilidades para los socios. En el caso ecuatoriano, para que estos

²³ Héctor Belisario Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 655.

préstamos sean válidos tendrían que manejar las tasas de interés autorizadas por el Banco Central²⁴, ya que de lo contrario este interés no generaría gastos deducibles a la empresa vinculada, que actúa como prestataria, también tendría que considerarse el hecho de que los intereses no superen el triple del patrimonio de la empresa, circunstancias todas éstas avaladas por nuestra ley.

Para que el beneficio resultante sea eficaz, debemos observar que se cumpla esta regla; es decir, que los intereses sean deducibles donde la tributación sea más alta y tributen donde sea más baja, de esta manera se configura una subcapitalización bien realizada; a mas, hay que tomar en consideración, que la compañía a quien se le hace el préstamo, tendrá recursos suficientes para desarrollar su actividad; ya que al final, es el resultado que busca la compañía al realizar una aportación de capital.

En esta figura es muy común el uso de los denominados paraísos fiscales²⁵, los mismos que son de menor imposición fiscal y resultan herramientas muy

²⁴ Ley de Régimen Tributario Interno, "Art. 13.- Pagos al exterior.- Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. {...} 3.- Los pagos de intereses de créditos externos y líneas de crédito abiertas por instituciones financieras del exterior, legalmente establecidas como tales; así como los intereses de créditos externos conferidos de gobierno a gobierno o por organismos multilaterales. En estos casos, los intereses no podrán exceder de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central de Ecuador a la fecha del registro del crédito o su novación; y si de hecho las excedieren, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme a las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito. Tampoco serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición," R.O. suplemento 463 del 17 de noviembre del 2004.

²⁵ Un paraíso fiscal es: "Un paraíso fiscal es un territorio o Estado que se caracteriza por aplicar un régimen tributario especialmente favorable a los ciudadanos y empresas no residentes, que se domicilien a efectos legales en el mismo. Típicamente estas ventajas consisten en una exención total o una reducción muy significativa en el pago de los principales impuestos. Tomado de http://es.wikipedia.org/wiki/Para%C3%ADso_fiscal revisado el 25 de septiembre 2012.

atractivas que permiten a las compañías generar el beneficio que persiguen siendo vinculadas.

Para definir la subcapitalización en mi criterio personal diré: es el resultado de encubrir mediante una figura financiera, las intenciones de capitalizar la empresa, con el resultado de obtener un beneficio, como es el de reducir la carga fiscal, disminuir los impuestos y deducir como gastos los intereses, mejor entendido como la operación financiera camuflada, por la cual una empresa es aparentemente financiada por el acceso a un crédito vinculado.

Las incidencias propias de la figura de la subcapitalización, están determinadas principalmente por el uso de capitales ajenos, los que serán considerados como gastos deducibles, que logran de una manera artificiosa reducir la materia gravable, logrando en la otra compañía un beneficio terminando como una sociedad favorecida, quien al final de la transacción, distribuye a sus socios como dividendos.

Tomemos en cuenta que si los fondos que provee el accionista en concepto de capital o préstamo, fueran irrelevantes desde el punto de vista mercantil o fiscal, no sería necesario mutar el modelo ordinario del aporte, y convertir al accionista en prestamista, ya que su deber y misión como dueño o interesado en su compañía, le sugieren actuar aportando capital a su vinculada; pero si existe beneficio de por medio, lógico será pensar, que usar la figura para sacar rédito financiero del mismo, será lo óptimo.

Pérez de Ayala señala: "...se debe entender como operación de subcapitalización entre entidades vinculadas, sin duda la que se instrumenta por préstamo de una sociedad no residente a otra residente en la medida en que

estén vinculadas respectivamente, como participante y participada en su capital directa o indirectamente a través de otra u otras intermediarias”²⁶, con este concepto podemos encontrar que existe otra característica importante como es la vinculación o parte relacionada, caso contrario no existiría ningún tipo de efectividad en la aplicación o implementación de este método de elusión; en definitiva no resultaría beneficio aparente para la empresa.

En el transcurso del trabajo he notado, que la subcapitalización, utiliza los actos tanto de préstamos como los intereses, como su figura de simulación, intentando encubrir la realidad de los hechos, obviamente también conseguir los beneficios que resultan de la aplicación de la figura, por ello puedo decir que es una forma de elusión, ya que el resultado que realmente pretende redundar en un beneficio económico de impuestos obtenidos mediante actos o contratos ficticios, pero al mismo tiempo válidos jurídicamente, pero engañosos y con intereses abusivos e indirectos.

1.2.1. CAPITAL AJENO *VERSUS* PROPIO

El tema puede traer muchas veces, inconvenientes a la hora de comprenderlo en relación a cuál es su valor y significado, por ello, para aclarar el tema, creo que es necesario realizar una comparación, estableciendo, que son los recursos ajenos y lo que son los recursos propios, además de su influencia en la aplicación de esta figura. Lucio Enrique Manosalva Afanor, en las XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario define a la subcapitalización de empresas

²⁶ José Luis Pérez Ayala, “El marco Fiscal de la subcapitalización de empresas”, Memorias de las XIX Jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Lisboa, 1998, p. 83.

como: “la financiación con capital ajeno desproporcionado frente a la financiación con capital propio”.²⁷

Lo que trata de entrever el autor, es que las empresas tienen distintas formas de financiación, por un lado, por aportación de capital y la otra por endeudamiento, cualquiera que sea la forma, ésta incidirá en la carga tributaria de manera diferente, la financiación ajena es la vía del préstamo, que es cubierto mediante el pago de intereses, y cuando ello viene de la mano de partes vinculadas o empresas relacionadas, los fondos resultarían provenientes de las contribuciones de capital de los mismos socios o miembros de la sociedad. En este caso los recursos ajenos son considerados gastos fiscalmente deducibles que reducen el beneficio a gravar; mientras que, en el otro caso, de ser recursos propios esto no sucede. Ahora depende de la forma de financiación que se escoja, ya que cada una tiene efectos en la determinación de impuestos que deben satisfacer los contribuyentes.

Esta figura anormal de capitalizar las empresas o mejor dicho de encubrir la capitalización de empresas, se puede dar en dos sentidos, la subcapitalización material y la subcapitalización nominal o formal, a las cuales haremos referencia enseguida.

1.2.2. LA SUBCAPITALIZACIÓN MATERIAL

En toda compañía existe varias situaciones económicas o mejor dicho financieras, que traducen de un modo u otro la realidad propia de la empresa en un tiempo determinado, en Ecuador el periodo fiscal es de un año, así lo establece

²⁷ Lucio Enrique Manosalva Afanador, “Enquadramiento Fiscal de la subcapitalización de Empresas”, *Memorias de las XIX jornadas latinoamericanas de derecho tributario*, Lisboa, 1998, p. 59.

ley de Régimen Tributario Interno (LRTI)²⁸, en su artículo 40; cuando la empresa tiene el capital suficiente para operar y continuar con en el giro de su negocio, no requiere la aportación de capital, pero, cuando el caso es totalmente su opuesto, es decir, en un periodo fiscal, la compañía no cuenta con la liquidez o un capital suficiente para el giro del negocio, deberá aportar capital para solventar las necesidades propias de la empresa; mientras no realice el aporte de capital, la empresa estará subcapitalizada; a este presupuesto de subcapitalización se lo denomina material.

Al respecto, Marlon Orellana, lo explica así: "... se da cuando los socios no suministran los fondos suficientes para que la empresa cumpla con sus disposiciones sociales..."²⁹.

Hemos visto las dos situaciones o maneras de capitalizar la empresa, pero cuál sería la subcapitalización, pues precisamente el hecho que la compañía no cuente con los fondos suficientes para cubrir sus obligaciones, a este hecho podemos denominar que la compañía está subcapitalizada materialmente, es decir no tiene el capital suficiente para hacer frente a sus responsabilidades. También puede entenderse como el hecho de que los socios no suministren los fondos suficientes, es decir no brindan el aporte necesario para continuar su actividad comercial. En Ecuador, a la compañía que tiene capital autorizado pero no lo a suscrito, la podemos catalogar dentro del concepto de la subcapitalización material, debido a que no tiene los recursos suficientes para hacer frente a sus negocios y el cumplimiento de su objetivo social.

²⁸ Ley de Régimen Tributario Interno, Artículo 40, R.O. suplemento 463 del 17 de noviembre del 2004.

²⁹ Marlon Many Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, s.c., Edición No.1, p. 67.

1.2.3. LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL

Este concepto de subcapitalización está ligado principalmente a lo que es la financiación de las empresas mediante su parte vinculada, esta financiación puede ser mediante préstamos, u otros medios que permitan influir en los aspectos tributarios, creando beneficio para las empresas, es decir canalizada por medio de un préstamo, creando de esta manera, intereses deducibles y con ello logrando un beneficio indirecto. Nos encontramos con un sobre endeudamiento ficticio que originan consecuencias, trasmutando la base imponible del impuesto a la renta. Tomemos en consideración que una de las formas de capitalizar una empresa puede ser el hecho de endeudarse con terceros, ya sea a corto, mediano o largo plazo, pero en esta oportunidad lo que hace la compañía vinculada es crear la oportunidad de hacer las veces de ese tercero, logrando encubrir o infracapitalizar o como la acepción inglesa la denomina *thin o hidden capitalization*. Al respecto Noemi Barbetti dice: “B) La segunda clase de subcapitalización, la nominal, plantea otra forma de evasión ya que la sociedad posee capital suficiente pero transforma jurídicamente lo que sería capital propio en préstamos de terceros, ...”³⁰

Para entender esta, he propuesto hacer una identificación de cada uno de los elementos de la figura materia del estudio, contribuyendo con la doctrina especializada, a lograr individualizarlos y entender la incidencia de cada uno de los elementos, ya que, cada uno de ellos nos servirá para la mejor identificación de la figura de la subcapitalización.

³⁰ Nilda Noemi Barbetti, *La subcapitalización*, Mar de Plata, s.e., 2001, p.5.

La determinación de los elementos es importante desde mi punto de vista para reconocer la figura; aportación importante que servirá para entender esta estructura financiera.

1.2.3.1 ELEMENTOS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL

Para comprender a la figura financiera de la subcapitalización de empresas, he desentrañado los elementos determinantes que califican y dan sentido, además de ayudarme a configurar la figura de la subcapitalización, necesidad imperiosa para establecer con claridad y profundidad los elementos característicos, para de una manera u otra, hacer reconocible y poder entender mejor la subcapitalización.

Los elementos que analizaremos son: la vinculación, las partes relacionadas, el endeudamiento, el mismo grupo económico, los paraísos fiscales, los beneficios encubiertos; y, los intereses *versus* aportación de capital.

1.2.3.2. EL ELEMENTO DE LA VINCULACIÓN EN LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL.

El porqué de la existencia de la vinculación, yo diría que a través de la globalización, que es un fenómeno que acarreó una ola de fusiones y adquisiciones de compañías a nivel mundial, debido al paulatino incremento de las inversiones y su presencia más generalizada en todos los países, además del movimiento de las grandes transnacionales que buscan mercado en cada lugar y horizonte posible, que han generado esta situación de crear beneficios ya sean en los precios de transferencia como en otras figuras, como lo es la subcapitalización; medios todos estos aparentes para la elusión y la búsqueda de beneficios

impositivos, y que los estados han buscado la manera de protegerse de estas maniobras elusivas.

Uno de los elementos y con seguridad uno de los principales es la vinculación, nuestra norma legal en la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en el artículo 4.1 establece:

“Para efectos tributarios se considerarán 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 participe directa o Indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas.”³¹

La vinculación abarca un aspecto global de las relaciones interpartes que por cualquier motivo, tengan a la misma persona, ya sea en el control, capital o dirección; hay que notar que esta intención legislativa nace precisamente por la distorsión en los precios ya que este evento solo tendría lugar entre empresas relacionadas, caso contrario no existiría conflicto de intereses por obtener mejores condiciones.

Este elemento de la vinculación lo encontramos en lo referente a las partes relacionadas, en donde nace la necesidad de regular las relaciones interpartes precisamente por la utilización de precios que logren beneficios, dejando de lado los precios que aborda el mercado entre partes independientes, pero así mismo este elemento vinculante, en lo que a nuestro estudio se refiere, tiene mucha importancia ya que entre partes que tienen algún tipo de provecho por lograr

³¹ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, reforma ley para la equidad Tributaria, artículo 4.1, R.O. Suplemento, 242, 29 de diciembre del año 2007.

beneficios, precisan de las intenciones de lograr intereses que de algún modo reduzcan la utilidad obtenida en el país de origen e incrementen utilidades en el país extranjero.

Muy parecida a nuestra norma, encontramos el caso en Argentina³², que mantiene el concepto de vinculación, bajo los mismos parámetros, esto es, que las sociedades locales que realicen actividades con sociedades del exterior, y además, éstas participen en el capital, control o dirección, se las considerará como partes relacionadas; hay que tomar en cuenta, que en nuestra legislación (Ecuador), como en muchos otros países, los controles son tanto de hecho como de derecho, refiriéndome precisamente al aspecto de considerarlas como relacionadas, es decir, este control abarca tanto la parte administrativa como la de influencia en la empresa, independiente a que el funcionario relacionado, funja o no en la empresa.

Nuestra norma clasifica los tipos de vinculación³³, entre ellas encontramos a las matrices con respecto a su filial; también las actividades entre las filiales; sociedades en donde compartan ya sea la administración, control o capital es decir accionistas; realizando un paréntesis en este punto, no podría ser que una sociedad tengan accionistas minoritarios, deberá ser mayoritario o que el número de acciones por lo menos sea considerable, ya que un accionariado mínimo, no entraría por la naturaleza propia de la vinculación; cuando los órganos directivos

³² Marlon Many Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, s.c., Edición 1, 2009, p.75

³³ Ley de Régimen Tributario Interno, reformas a la ley para la equidad tributaria, , artículo innumerado después del 4 "Partes relacionadas.- Para efectos tributarios se considerarán 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, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas." R.O. Suplemento 242, de 29 de diciembre del 2007.

de las sociedades integren en su mayoría a los mismos personeros, puede suceder que en el emporio de los negocios que por lo general tengan los funcionarios que controlen a la compañía padres e hijos y que por esta situación busquen obviamente beneficios; nuestra norma prevé que los parientes ya sean estos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad³⁴ puedan también buscar beneficios directos en los precios a pactarse o también para lo que nuestro estudio se refiere a la subcapitalización y la búsqueda de beneficios que resulten de la utilización de estos mecanismos.

Gabriel Gotlib y Fernando M. Vaquero al respecto de la vinculación, intentan generar un concepto muy ligado a lo que venimos diciendo, y concordante además, con lo que nuestra norma plantea, en el texto de ellos conceptualizan lo siguiente: "... ésten sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades."³⁵ José Luis Pérez de Ayala entrelaza a la subcapitalización y la vinculación cuando dice: "...debe entenderse como operación de subcapitalización entre entidades vinculadas, sin duda, la que se instrumenta por préstamos de una sociedad no residente a otra, residente, en la medida en la que están vinculadas

³⁴ Ley de Régimen Tributario Interno, reformas a la ley para la equidad tributaria, , artículo innumerado después del 4 "... Se considerarán partes relacionadas, los que se encuentran inmersos en la definición del inciso primero de este artículo, entre otros casos los siguientes: {...} 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." R.O. Suplemento 242, de 29 de diciembre del 2007.

³⁵ Gabriel Gotlib y Fernando M. Vaquero, *Aspectos internacionales de la Tributación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2009. P. 443.

respectivamente...”³⁶, así también Félix Vega Borrego dice “...Cuando no existe vinculación, tanto el ordenamiento interno como internacional respeta el valor acordado por las partes, toda vez que al existir materialmente voluntades contrapuestas, no existe el riesgo de que las operaciones se manipulen con el fin reducir injustificadamente la carga fiscal...”³⁷

Entendido de esta manera, la vinculación es parte fundamental de la subcapitalización de empresas, ya que sin la existencia de vínculos entre sociedades, no existe el interés por lograr los beneficios resultantes de la aplicación de la figura de la subcapitalización, por ello estimo que no solo es un elemento importante sino también es un elemento esencial para configurar la subcapitalización.

1.2.3.3. LAS PARTES RELACIONADAS COMO ELEMENTO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL

Partes relacionadas es otro tema muy aparte de la subcapitalización, conforme lo entendemos en el mundo del derecho tributario, pero es importante nombrarla ya que muchos de los aspectos que categorizan esta figura trascienden en lo que se refiere al concepto en estudio. Para hablar de cualquier efecto y singularidad en la norma ecuatoriana tenemos que fijarnos en lo que establece la norma acerca de lo que son partes relacionadas; cuando veníamos estudiando en líneas anteriores lo que es la vinculación pudimos entender que muchas de las

³⁶ José Luis Pérez de Ayala, “El marco Fiscal de la Subcapitalización de empresas”, Memorias de las XIX Jornadas Latino-Americanas de derecho Tributario, Lisboa, 1998 p. 83.

³⁷ Félix Alberto Vega Borrego, *La Norma Tributaria en materia de Subcapitalización: Incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, s.f., p. 4.

normas de vinculación tienen su origen en lo que es la institución de las partes relacionadas. Es importante diferenciar entre lo que viene a ser la vinculación y lo que son las partes relacionadas, por decirlo así, la una vendría a ser la institución y la otra una característica determinante de la primera, que en definitiva las une, comprendida como sinónimo pero con sus propias características.

Ahora bien, en nuestro país las normas que tratan de partes relacionadas se inclinan a reflejar que existe una vinculación entre sociedades, nuestra norma generaliza a este término dándole un radio de acción bastante grande en lo que entran casi todos los tipos de sociedades, entre algunas de ellas podemos decir las compañías limitadas, anónimas, civiles, consorcios, etc.; así nuestra ley Orgánica de Régimen Tributario Interno en el artículo 98³⁸ define lo que se entenderá como “sociedad” para fines tributarios.

1.2.3.4. EL ENDEUDAMIENTO COMO ELEMENTO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL

El endeudamiento es elemento importante que da la característica específica a la subcapitalización de empresas, para que ésta se dé, necesitamos que exista un endeudamiento, caso contrario no estaríamos frente a lo que representa la figura, pero existe lo que es el endeudamiento externo y el

³⁸ Ley de Régimen Tributario Interno, “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.” R.O. Suplemento 463 del 17 de noviembre del 2004.

endeudamiento interno, cada uno de estos actos tiene diferentes efectos y podría configurar o no, la figura de la subcapitalización.

El fin que persigue la norma al controlar este tipo de actividades es el fraude a la ley, en donde tiene relevante importancia lo que es el endeudamiento.

Existen dos formas de endeudarse, la primera mediante un endeudamiento interno y la segunda mediante un endeudamiento externo, vamos a referirnos a la primera forma de endeudamiento que es el interno, vamos a suponer por un momento que el endeudamiento interno se lo realiza con una sociedad residente en el mismo país, y con valores que no tienen relación a los valores de mercado interno o mejor dicho los intereses; como podemos ver, estamos al frente de una subcapitalización conforme lo hemos venido estableciendo, en un primer momento, podemos ver que se logra un beneficio en la empresa relacionada que entrega el dinero en préstamo y un egreso deducible en la empresa quien recibe el dinero, es decir, un beneficio para las dos empresas, por todas las evidencias, podemos establecer a simple vista que estamos frente a una subcapitalización de empresas; pero no, lo que tratan las normas anti elusión y evasión, es precisamente impedir el fraude a la ley, pero en el presente ejemplo no existe, y vamos a ver el porqué, primero, no hay transferencia de la base imponible, más bien el préstamo que se pagó o mejor dicho los intereses, serán ingresos en la sociedad que los recibe como parte del pago y por ende están sujetos a imposición en el mismo país; segundo, a pesar del beneficio que resultó, sigue el mismo valor de imposición; tercero, hay que tomar en cuenta, que los intereses para la empresa quien recibe el préstamo fueron gastos deducibles, por ende existe un beneficio entre vinculadas, pero el beneficio resultante al terminar la

transacción, resulta sujeto a imposición en el mismo porcentaje; es decir, como conclusión, no hay beneficio económico a la vista.

El endeudamiento externo, en cambio sí lo podemos catalogar como una verdadera subcapitalización desde el enfoque que estamos estudiando, ya que en ésta, si existe la figura de transferencia de base imponible al extranjero, creando un beneficio no sujeto a imposición en el país de origen, concluyendo así en un verdadero fraude a la ley; si plasmamos el mismo ejemplo expuesto en el párrafo anterior veremos como la empresa extranjera vinculada, quien realiza el préstamo, recibe un beneficio, mismo que es incobrable por parte del país de origen, y los intereses por tal, deducibles como gasto también en el país de origen, resultando el valor sujeto a imposición, mucho menor, por lo tanto en perjuicio para el Estado de origen.

Como podemos ver, el endeudamiento es importante en la categorización de la subcapitalización, ya que una vez realizado el endeudamiento, podemos establecer si existe o no esta figura; y, si existe o no el fraude a la ley, conforme se determina en líneas anteriores, dependiendo claro está de la transferencia de base imponible. "...no todas las deudas tienen idéntico significado a la hora de presumir la existencia de una posible infracapitalización..."³⁹

"...Los intereses por la utilización de capitales ajenos son considerados gastos de explotación fiscalmente deducibles que minoran el beneficio gravable...."⁴⁰

³⁹ (J. Pérez de Ayala, "Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de empresas", p. 87).

⁴⁰ (F. Vega Borrego, *La Norma Tributaria en materia de Subcapitalización: Incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario*, p. 2).

1.2.3.5. EL MISMO GRUPO ECONÓMICO, COMO ELEMENTO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL.

El mismo grupo económico, tiene trascendental importancia, ya que de él dependerá un beneficio interpartes, y lógicamente éste jamás existirá si hablamos de partes independientes, en donde no se vería reflejado el beneficio que resultaría de aplicar ésta figura.

Nilda Barbetti al respecto señala: “El fenómeno de la subcapitalización provoca que las relaciones que se da entre la filial y el grupo del que forma parte sea de encubrimiento de aportación de capital para obtener una ventaja fiscal originada en la supuesta financiación con recursos ajenos”⁴¹

En el mundo globalizado, hoy en día la injerencia de las compañías extranjeras en todos los aspectos posibles, así como de las conocidas transnacionales, y su búsqueda permanente de mercado, ha logrado extender una red de filiales alrededor del mundo incluyendo nuestro país, y resultado de este evento, los países han tenido que efectivizar el comercio y obviamente sin perder jurisdicción por sobre los ingresos que obtienen de ellos, pero para lograr que exista una competencia o por mantenerse en ella, los países han aplicado e implementado una serie de principios, para efectos de atraer la inversión y con ello evitan perjudicar a las empresas, uno de estos principios, es evitar la doble imposición, para lo que existen los convenios internacionales, que será materia de otro capítulo en el presente estudio; consecuencia de estos y al mismo tiempo los contribuyentes han creado figuras con las cuales beneficiarse, muchas veces

⁴¹ Nilda Noemi Barbetti, *La Subcapitalizacion*, Mar de Plata, s.e. 2001, p. 3

eludiendo a través de planificaciones internacionales, que han permitido el origen de nuevas figuras como es la subcapitalización, resultado de un afán de los Estados por recaudar impuestos y evitar el fraude a la ley.

La figura de la subcapitalización, solo se puede observar en los grupos económicos o grupos empresariales, ya que solo a ellos crea beneficios ulteriores a la aplicación de la figura, estos grupos empresariales pueden también resultar con un intermediario que podría ser una estructura financiera (Bancos), ya sea una financiera propia o un tercero, que se presta para la aplicación de la figura, y conseguir los beneficios materia del resultado de la aplicación de la subcapitalización; en éste sector, es difícil de explorar, y es precisamente porque no pertenece a las partes vinculadas, y muchas veces ni al mismo grupo económico, eso hace difícil su referencia y estudio, ya que pueden ser numerosas las veces que la figura de la subcapitalización se aplicó de esta manera, pero no encontramos indicios y de llegar a la conclusión de que existen, es difícil su control y difusión ya que son muy reservadas e imposibles de demostrar.

1.2.3.6. LOS PARAÍDOS FISCALES COMO ELEMENTO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL

Los paraísos fiscales son Estados, que son tanto desarrollados o no desarrollados, que tienen como característica especial, el hecho de mantener tributos con alícuotas bajas o nulas; y, que tienen como intención primordial, atraer capitales extranjeros de inversión; que llegan a obtener los beneficios que estos países ofrecen, países que con estas características se los considera como refugios, llamados comúnmente paraísos fiscales. En muchos países como en el

Ecuador, existen listas que contemplan países a los cuales se los considera, para fines fiscales, como paraísos fiscales, y para ello las administraciones de control o recaudadoras de impuestos, realizan estas listas para catalogarlos como tal; los negocios que mantengan las empresas con sus relacionadas y estas a su vez domiciliadas en paraísos fiscales, se verán avocadas a sujetarse a normas tributarias que persiguen evitar el beneficio obtenido por tal negociación, y de esta manera opacar el resultado que eventualmente puedan tener las empresas que mantengan estas relaciones; así mismo encontramos instituciones tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE⁴², quien realiza listados con los cuales definen y enlistan a los países considerados como paraísos fiscales o lugares en donde su tributación es bastante baja, puede ser que también existan países catalogados como tal, pero no precisamente por que tengan menor imposición en sus tributos, sino más bien, porque no manejan los lineamientos de la Organización y salen de los parámetros generales aceptados por ésta. Sobre este tema la doctrinaria Nilda Barbetti dice: “También puede suceder que el grupo utilice para obtener este beneficio la ubicación legal de la

⁴² “La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es una organización de cooperación internacional, compuesta por 34 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en la ciudad de París (Francia). Los idiomas oficiales de la organización son el francés y el inglés.

En la OCDE, los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros.

La OCDE, conocida como «club de los países ricos»,^{2 3} agrupa a países que proporcionaban al mundo el 70% del mercado mundial y representaban el 80% del PNB mundial en 2007.” Tomado de http://es.wikipedia.org/wiki/Organizaci%C3%B3n_para_la_Cooperaci%C3%B3n_y_el Desarrallo Econ%C3%B3mico revisado el 25 de septiembre 2012.

sociedad generadora del préstamo en un “paraíso fiscal” y esta situación por lógica consecuencia provoca el incremento de sus utilidades”⁴³.

Como vemos, para la identificación de la figura de la subcapitalización, otro de los elementos importantes podemos decir que son los paraísos fiscales; ya que muchas veces, es precisamente donde se realizan los negocios internacionales y con este elemento, se logra recobrar el resultado anhelado para las empresas; no es indispensable que este elemento se configure para determinar la existencia de la figura de la subcapitalización, ya que puede realizarse con cualquier país que tenga menor imposición no necesariamente catalogado como paraíso fiscal; no olvidemos que la aplicación de esta figura, está más íntimamente relacionada con el beneficio, y de este no llegar a resultar, sería evidente su inaplicación o su fracaso en la utilización de la figura.

1.2.3.7. LOS BENEFICIOS ENCUBIERTOS, COMO ELEMENTO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL.

Cecilia Goldemberg dice al respecto: “El incremento del endeudamiento origina la deducción de los intereses afectando el balance impositivo, que no sería posible, si la inversión fuera realizada con aumentos de capital social....”⁴⁴

Desde el punto de vista jurídico, podemos encontrar que existe un encubrimiento o simulación entre lo que resultaría de un aporte de capital y un préstamo, obteniéndose una consecuencia, traducida en solo un beneficio fiscal, ahí es donde encontramos al beneficio encubierto, a que me refiero, las empresas

⁴³ (N. Barbetti, *La Subcapitalización*, p. 3).

⁴⁴ Cecilia Goldemberg, coautor Ricardo E. Riveiro, *Manual de precios de Transferencia*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p.441.

vinculadas, es decir quienes tienen ciertos compromisos o intereses entre ellas conforme lo vimos en capítulos anteriores, negocian préstamos con intereses altos o bajos, característica no influyente, que logra encubrir una aportación de capital, consiguiendo resultados beneficiosos, como es la deducción para efectos de base imponible del impuesto a la renta; es decir la sociedad vinculada residente, con respecto a sus desembolsos, ellos crean un beneficio al convertirse en deducibles que afectan a la base imponible sujeta al impuesto a la renta; mientras que, los aportes no se deducen, cuando hablamos de una capitalización normal de empresas, y por tanto no afectan a la base imponible, considerando estos parámetros, podemos notar la clara diferencia que logra un resultado beneficioso para la empresa, por la deducibilidad de intereses traducidos en beneficios encubiertos, que lo que pretenden es buscar resultados fiscales positivos para la empresa.

Es fácil encontrar soluciones al tema según la doctrina, pero la misma se ratifica estableciendo que el problema radica principalmente, en que son jurisdicciones distintas y que a ello deviene el inconveniente de manejar los rendimientos resultantes para las empresas y donde se ahonda el problema, ya que surge casos de doble imposición que relacionan a ambos Estados.

1.2.3.8. INTERESES *VERSUS* APORTACION DE CAPITAL, COMO ELEMENTO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL

Tulio Rosembuj dice: “La mayor de las dificultades consiste en la distinción entre préstamos y aportaciones de capital.”⁴⁵

En definitiva, nos encontramos con el inconveniente de distinguir lo que es el préstamo, de una aportación de capital, es decir, reconocer el agravio resultante de una simulación *versus* el acto legítimo de capitalizar, que no involucra motivos fiscales. En el ámbito cotidiano, no todos los actos de préstamos entre vinculados son subcapitalizaciones, es decir no conlleva a conseguir beneficios fiscales, es más, no llevan inmerso la intención de simulación; por ende su identificación es muy subjetiva; por ello es preciso establecer métodos conforme lo señala Tulio Rosembuj⁴⁶ al decir que los pasos para distinguir y lograr evaluar un préstamo de una aportación de capital, tienen que necesariamente servir para investigar tanto sus circunstancias como los hechos que mueven a los socios a utilizar figuras que sirven para la simulación y con ello a subcapitalizar la empresa.

Muchas veces, los parámetros ya sea de control, accionarial, u otros niveles de las personas vinculadas pueden ser muy mínimos como para entrelazar un vínculo estrechísimo entre las empresas; además, conforme quedó establecido en líneas anteriores, la relación que ostentaría los fondos propios con los fondos ajenos, tiene mucha importancia, además de la porcentualidad impositiva de los estados intervinientes, de los que se pretenden buscar el beneficio resultante de la aplicación de la figura, así como también es preciso, encaminar la investigación en base a los métodos que reconoce la OCDE sobre el tema de la subcapitalización, que en su informe identifica dos sistemas subjetivo y objetivo,

⁴⁵ Tulio Rosembuj, *Fiscalidad internacional*, s.c., Instituto de Fiscalidad Internacional y Marcial Pons, 1998, p. 39.

⁴⁶ (T. Rosembuj, *Fiscalidad Internacional*, 1998, p. 39).

Hasta el momento el presente estudio, lo que trata es de identificar los elementos importantes que permitirán determinar si se configura o no la subcapitalización, pero es indispensable examinar cuales son los métodos que reconoce la OCDE para identificarlos y subsumirlos en la teoría internacional aceptada, y que prevé la doctrina sobre el tema, para que nos permita realizar un acercamiento aún mayor sobre la materia del tema estudiado.

En definitiva, si queremos reconocer a la figura de la subcapitalización, o al momento que nos asalte la duda de la figura que utiliza cierta empresa; tendremos la necesidad de realizar un examen minucioso por cada uno de los elementos que configuran la subcapitalización, solo de esta manera podremos reconocer si estamos al frente de esta forma de capitalización de empresa.

1.3. MÉTODOS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN

Como habíamos advertido en numerales anteriores, a efectos de mejorar nuestro entendimiento acerca de cómo realizar la identificación y el funciona del tratamiento internacional que se da a esta figura, es importante indagar cuáles son los métodos reconocidos por la OCDE y por la doctrina internacional y cuál es su alcance y manejo.

El informe sobre *thin capitalisation* del Comité Fiscal de la OCDE⁴⁷ (La subcapitalización), distingue dos métodos, el primer método subjetivo y el segundo

⁴⁷ Al respecto Mirar la página web: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/Revision_RubioGuerrero.Pdf.1997, revisada el 14 de diciembre del 2011.

es el método objetivo; pueden encontrarse en la doctrina también como sistemas para enfrentarse a los problemas de la subcapitalización de empresas.

Realizando un acercamiento a cada uno de los métodos, sin entrar en lo que establecen los modelos de la OCDE sobre el tema, ya que será materia de un análisis del segundo capítulo, paso a señalar:

1.3.1. MÉTODO SUBJETIVO

Los estados han introducido normas para aplacar la figura de la subcapitalización, y para ello, han tomado en consideración dos tipos de sistemas o métodos, el objetivo y el subjetivo, modelos estos reconocidos por la OCDE, a los que se refiere en su informe sobre *thin capitalisation*.

El método subjetivo, se ajusta bastante a lo que establece el principio de independencia, señalado por el art. 9 del modelo de la OCDE⁴⁸, y basa su teoría

⁴⁸ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) numeral 1 del artículo 9. "1. Cuando

a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o
b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante,
y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las utilidades que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en las utilidades de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

2 Cuando un Estado contratante incluya en las utilidades de una empresa de ese Estado –y, en consecuencia, grave– las de una empresa del otro Estado que ya han sido gravadas por este segundo Estado, y estas utilidades así incluidas son las que habrían sido realizadas por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las acordadas entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del

principalmente, en comprobar si los recursos obtenidos por el quien recibe el préstamo, los hubiere obtenido también de un tercero, es decir la evaluación que se obtiene a partir de que si la sociedad podría obtener de un tercero no vinculado, los mismos recursos aportados por quien ha prestado los fondos y fuere vinculado, podemos decir que influye el mercado y además las condiciones mismas del préstamo, el ejemplo primordial para entender este método, es el hecho de que una filial, no pueda garantizar el préstamo o no cuente con la capacidad económica suficiente para solventar el préstamo, una sociedad de éste tipo no podría en ningún momento, hacerse acreedor a un crédito nacional ni del extranjero, por ello es obvio, poder deducir que en el evento de producirse, encontramos una evidente simulación de capitalización de empresas.

La encargada de realizar este examen será precisamente la administración tributaria del país en donde se origine; la doctrina a este método la reconoce más teórico pero de todos modos más equitativo, pero tanto los costos, las pruebas y tiempo que conlleva revisar cada uno de los casos, dificultan la difusión y armonía del método, al igual que sucede en las operaciones vinculadas o en los precios de transferencia, a la hora de determinar cuál es el valor normal de mercado o precio de independencia, es una cuestión complicada y difícil; el informe menciona una serie de criterios para valorar si se produce esta situación.

El dato decisivo, es, si la sociedad cuenta con la posibilidad o no de acceder al crédito de terceros. Un criterio adecuado para determinar la validez del préstamo, sería la decisión que hubiera adoptado una entidad financiera que actúe

impuesto que ha percibido sobre esas utilidades. Para determinar dicho ajuste se tendrán en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio y las autoridades competentes de los Estados contratantes se consultarán en caso necesario.”

bajo sus propios criterios, que decida la aceptación o no del crédito y cuáles serán las condiciones del pago. "...la sociedad quien recibe el préstamo, habría sido capaz de obtener préstamos representativos de nivel de endeudamiento existente con una entidad independiente..."⁴⁹

Este método se aplica en lo relativo al principio de concurrencia o de libre mercado (principio de *arm's length*) de la misma manera, en la que se intenta establecer un precio normal de competencia en las operaciones vinculadas o más conocido como los precios de transferencia, así también en la aplicación de este método en lo que se refiere a la subcapitalización.

El principio de independencia, formulado por el numeral 2 del art. 9 del modelo de la OCDE establece:

"Cuando un Estado contratante incluya en las utilidades de una empresa de ese Estado y, en consecuencia, grave las de una empresa del otro Estado que ya han sido grabadas por este segundo Estado, y estas utilidades así incluidas son las que habrían sido realizadas por la empresa del Estado mencionado en primer lugar si las condiciones convenidas entre las dos empresas hubieran sido las acordadas entre empresas independientes, ese otro Estado practicará el ajuste correspondiente de la cuantía del impuesto..."⁵⁰

No solo es aparente para efectos de determinar los precios de transferencia, en donde si se observa el principio de libre concurrencia, además nos servirá para ser aplicado en lo que a subcapitalización se refiere, principalmente en lo que es atinente al método subjetivo reconocido por la OCDE,

⁴⁹ Karina Montestruque Rosas, *Aspectos Fiscales de la subcapitalización de sociedades y su regulación en el Perú*, Lima, s.e., s.f. p. 260.

⁵⁰ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) numeral 2 del artículo 9.

para lo cual creo necesario realizar una inmersión en el principio citado para entender los alcances del mismo y su importancia para el estudio y su aplicabilidad en la subcapitalización.

Podría concluir con lo que establece Nilda Barbetti respecto a este método dice: "...se trata de detectar una posible participación en los riesgos de la empresa por parte del que presta, y esto generaría el indicio de que ya no sería un prestado puro sino algo híbrido..."⁵¹

1.3.1.1. PRINCIPIO DE *ARM'S LENGTH*

Su denominación está en idioma inglés, ya que surge de la legislación norteamericana, en donde se piensa, que para determinar la renta real a ser sujeta a impuestos de un contribuyente, deberá contrastarse al contribuyente que negocia con un contribuyente externo; negocio que está fuera del control de la administración.⁵²

Puede decirse que este principio pretende la uniformidad de tratamiento fiscal entre empresas comparables, tanto ellas como sus negocios, factores importantes al momento de buscar su parecido fiscal.

También se lo conoce como principio de libre concurrencia o de libre mercado, ya que son los precios de mercado los principales índices en donde la administración se fundamentará para regular las negociaciones entre partes vinculadas y evitar los beneficios que pudieren generarse tanto en el país como en extranjero. De esta manera precautelar las negociaciones entre partes

⁵¹ (N. Barbetti, *La subcapitalización*, 2001: pag7).

⁵² Al Respecto mirar: Cecilia Goldemberg, *Manual de Precios de transferencia en Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 95.

independientes y permitir la competencia legítima; aunque éste no es el propósito del principio, pero logra de una u otra manera este postulado, aunque su verdadero propósito es netamente el fiscal.

En el derecho internacional lo podemos encontrar en el art. 9 del modelo de la OCDE para evitar la doble imposición y la evasión; así mismo lo podemos encontrar en el art. 9 del modelo de convenio de la ONU⁵³.

En el tema que me ocupa, el principio de *arm's length* sustenta el método subjetivo, y pretende realizar comparaciones entre las distintas condiciones de un negocio, como que hubiese sido pactado entre partes independientes y prevé las consecuencias en caso de que las condiciones no se llegaren a ajustar, por el hecho de ser partes vinculadas. Es decir, establece condiciones generales de libre concurrencia del mercado para evitar que existan beneficios camuflados y con ello

⁵³ Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, nov. 2011, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20LADT.pdf>, revisada el 19 de septiembre del 2012. artículo 9 Modelo ONU

“1. Siempre que:

a) Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o b) Las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y en cualquiera de los dos casos las dos empresas establezcan o pongan en sus relaciones comerciales o financieras condiciones que difieran de las que se habrían establecido entre empresas independientes, cualesquiera beneficios que, de no ser por esas condiciones, hubieran correspondido a una de las empresas pero que, por esas condiciones, no le hayan correspondido, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y ser gravados en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado —y los grave en consecuencia— los beneficios por los que una empresa del otro Estado contratante haya sido gravada, y los beneficios así incluidos sean beneficios que habrían correspondido a la empresa del primer Estado si las condiciones establecidas entre las dos empresas hubieran sido las que regirían entre empresas independientes, ese otro Estado ajustará debidamente la cuantía del impuesto que grave en él esos beneficios. Para determinar ese ajuste se tendrán debidamente en cuenta las demás disposiciones de la Convención, y las autoridades competentes de los Estados contratantes celebrarán consultas entre sí, cuando fuese necesario.

3. Las disposiciones del párrafo 2 no se aplicarán cuando, de resultas de actuaciones judiciales o administrativas o de actuaciones legales de otra índole, haya una decisión firme de que, en virtud de actos que den lugar a un ajuste de los beneficios con arreglo al párrafo 1, una de esas empresas será pasible de sanción por fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso.”

un fraude a la ley, permitiendo considerar al negocio como si fuere realizado entre partes independientes.

Las verdaderas dificultades de aplicar este principio surgen cuando se trata de establecer si dos operaciones, realizadas por empresas vinculadas e independientes respectivamente, son verdaderamente comparables, dadas las condiciones de mercado y sus características propias como son volúmenes, tiempo, etc., de cada una.

Las condiciones raramente se van a dar, pero si éstas son suficientemente similares, la comparación puede ser posible mediante ajustes que lleven a cabo las administraciones tributarias, las mismas tendrán que fundamentarse en información que obtengan de otros contribuyentes y que sean parecidas o comparables entre empresas independientes. Lo que causa que las controversias entre los contribuyentes y las administraciones, surjan prácticamente en base a la idoneidad de la información o no, de los elementos comparables.

Un buen concepto de este principio lo provee Félix Vega Borrego, quien claramente señala: "...el principio de independencia contribuye a la recta distribución del poder tributario de los Estados sobre las rentas internacionales..."⁵⁴ que permite sustentar en pocas líneas lo que persigue el principio mencionado.

1.3.2. MÉTODO OBJETIVO

⁵⁴ Félix Alberto Vega Borrego; *La norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*; Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, s.f., p. 4.

El método objetivo, se basa en parámetros distintos a los mencionados en el método anterior, es básicamente el establecimiento de un coeficiente o *ratio* como lo menciona la doctrina especializada, por la cual la sociedad vinculada no podrá exceder su endeudamiento por sobre el coeficiente mencionado, en caso de pasar el límite se entenderá que existe una subcapitalización y por ende el país en donde ésta se verifique, propenderá a aplicar los correctivos o las consecuencias jurídicas que para el caso prevea la norma tributaria. “El método objetivo {...} Consiste en que la sociedad no podrá exceder su endeudamiento 3 veces mas que su capital social. Si pasa ese límite, se encuentra subcapitalizada....”⁵⁵

Para la fijación de este coeficiente, tiene que observarse el principio de libre concurrencia mencionado, es decir, establecer que se usan las mismas condiciones que se hubieren utilizado para con terceros independientes, principio de *arm's length*, que lo mencionamos en el título anterior; y si la sociedad supera los montos que preestablezca el Estado (observando el principio de libre mercado), acaecerán las consecuencias que para el caso estén establecidas para la subcapitalización.

Cuando hablo de los correctivos, lo hago porque he encontrado dos de sus estilos de proceder, el primero podemos definirlo de la siguiente manera: cuando la negociación, es decir los préstamos de una compañía vinculada sobrepasan el coeficiente fijo, se recalifica como dividendos aquellos intereses en relación con la parte de la deuda que excede del mencionado *ratio* utilizado en España⁵⁶ y, el

⁵⁵ Marlon Manyá Orellana, Apuntes de Fiscalidad Internacional, s.c., Edición No. 1, 2009, p. 68.

⁵⁶ Referido en Nilda Noemi, Barbetti, La Subcapitalización, Mar de Plata, s.e., 2001 pp. 11, 12.

segundo vendrá a ser, en el mismo supuesto, es decir que si los intereses superan el coeficiente fijo preestablecido, estos sencillamente no serán deducibles para poder determinar la base imponible del impuesto a la renta a generarse, esquema que utiliza el Ecuador⁵⁷.

En España, el coeficiente fijo consiste en que la sociedad no podrá exceder su endeudamiento 3 veces más de su capital social. Si pasa este límite, se encuentra subcapitalizada.⁵⁸

En este punto lo que toca demostrar a la sociedad a quien se la determine como subcapitalizada, es que los fondos los obtiene en base a un endeudamiento habitual de la compañía, conforme lo realiza con terceras independientes, para de esta manera evitar las consecuencias jurídicas que establezca la administración tributaria, es decir, la prueba consiste en comprobar que los recursos obtenidos en calidad de préstamo por una vinculada, los hubiera podido obtener también una independiente. Con lo cual se encontraría una similitud a la prueba que tendría que aportar en el método subjetivo, ya que demuestra el cumplimiento del principio de plena concurrencia.

Así en otros países funciona en determinadas formas, todas concurrentes con el método mencionado; por ejemplo en Holanda se delimita entre el patrimonio de la sociedad y la deuda de la sociedad, y se establece que un préstamo debe ser calificado como patrimonio social en el caso que un prestamista a su vez

⁵⁷ Ley de Régimen Tributario Interno, Artículo 10 numeral 2, R. O. segundo suplemento, 392, 30 de julio del 2008.

⁵⁸ Referido en Marlon Manyá Orellana, Apuntes de Fiscalidad Internacional, s.c., Edición No. 1, 2009, pp. 77, 78, 79.

participe como socio de tal⁵⁹; en el Reino Unido, a pesar de no contener normas acerca de la subcapitalización, existen normas por las cuales las autoridades de la administración fiscal, en los casos de subcapitalización o préstamos relativamente entre vinculadas, solo ignorarán los pagos excesivos de intereses⁶⁰. En Francia existen limitaciones a las deducciones, aplicables para los pagos de intereses, pero existe la posibilidad de suspender la limitación citada, si el dinero obtenido por la operación, es incorporado al capital de la sociedad en los siguientes dos años y no se aceptan los pagos de intereses, cuando se trata de paraísos fiscales⁶¹. En Alemania existen normas referentes a la subcapitalización, la norma persigue limitar la deducción de intereses que correspondían a accionistas que actúan como prestamistas. El accionista en este caso, deberá poseer más del 25% de capital de la filial; y en caso de que los intereses sobrepasen éstos, automáticamente se convertirán en dividendos.⁶²

En definitiva, existen dos métodos el subjetivo, que es el origen al principio de plena concurrencia o de *arm's length*, en donde el mercado tiene trascendental importancia; y, el objetivo traducido como el método donde existe un coeficiente fijo, y cualquiera que supere éste monto, estará sujeto a imposición.

Una vez que hemos analizado en la doctrina los temas más relevantes de lo que es la subcapitalización y su teoría, es preciso analizar lo que establecen las organizaciones internacionales que se ocupan sobre el tema, y realizar también comparaciones con lo que se establece a través de nuestra norma jurídica sobre

⁵⁹ Referido en Nilda Noemí, Barbetti, *La Subcapitalización*, Mar de Plata, s.e., 2001 pp. 8, 9.

⁶⁰ Referido en Nilda Noemí, Barbetti, *La Subcapitalización*, Mar de Plata, s.e., 2001 pp. 9, 10.

⁶¹ Referido en Nilda Noemí, Barbetti, *La Subcapitalización*, Mar de Plata, s.e., 2001 pp. 10, 11.

⁶² Referido en Nilda Noemí, Barbetti, *La Subcapitalización*, Mar de Plata, s.e., 2001 p. 11.

subcapitalización, y si guarda estrecha relación con las normas de uso común a nivel internacional.

CAPÍTULO II LA SUBCAPITALIZACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

Una vez que hemos analizado la teoría de la subcapitalización, vamos a realizar un estudio del tratamiento que tiene la figura de la subcapitalización a nivel internacional.

Todo país es soberano y por ende tiene su normativa interna, pero cuando entre dos estados, intentan conseguir algo en beneficio común para las dos partes, suscriben convenios o tratados que los obliguen mutuamente a dar, hacer, o no hacer algo.

En materia tributaria los estados suscriben convenios contra la doble imposición con el objetivo de regular las relaciones impositivas que tiene cada estado con respecto a la empresa radicada en uno de ellos y con la filial radicada en el otro, así César Montaña Galarza dice: “ El convenio Tributario Internacional aparece, para el caso concreto, marcando fronteras a las posibilidades de imposición estatal en la medida que dicha delimitación se requiera para atenuar o eliminar la doble imposición.”⁶³, respecto a los convenios de doble imposición (CDI) Walker Villanueva Gutiérrez establece: “...Son normas que regulan la

⁶³ Cesar Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 26.

conurrencia de la soberanía fiscal de los Estados contratantes, asignando el tipo de renta a uno de estos en forma excluyente o a ambos en forma concurrente.”⁶⁴

César Montaña Galarza, también establece que existen varios propósitos que llevan a los países a la suscripción de este tipo de convenios, entre ellos eliminar la doble imposición, promover el comercio mundial, reconocer el impuesto a la renta resultante de compañías en actividades económicas internacionales y el intercambio de información.⁶⁵

Los países interesados en la suscripción de este tipo de convenios de doble imposición, no siempre, pero por lo general toman como modelo a seguir el que ofrece la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); el Modelo de las Naciones Unidas; y, el Modelo del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario ILADT.

Lo importante, al momento de elegir un modelo, es que cada país busca entre sus intereses propios, cual de los mencionados está estrechamente relacionado a su razón específica, para la suscripción de un convenio de doble imposición.

2.1. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL MODELO DE LA OCDE

La historia de los modelos de doble imposición, como lo establece los doctrinarios, viene desde: “...el periodo posterior a la segunda guerra mundial, los trabajos de la Sociedad de Naciones fueron retomados preferentemente por la *Organisation for European Economic Co-operation* (OEC) y por la organización

⁶⁴ Walker Villanueva Gutierrez, *Derecho Tributario*, Lima, Grijley, s.f., p. 390.

⁶⁵ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 27.

que la sucedió, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)”.⁶⁶, quien en 1955 da su primera recomendación, posterior a ella, con los cambios y las crecientes economías, considerando además también el apogeo de la globalización, da origen a varios cambios en el modelo original, convirtiéndose en lo posterior, en uno de los estudios de referencia al momento de aplicar un convenio bilateral de doble imposición; es importante señalar que entre los miembros de la OCDE están países desarrollados económicamente, y por ello el modelo se inclina precisamente a salvaguardar los intereses propios de las grandes potencias económicas, no siendo el mismo de mucha relevancia para países subdesarrollados, quienes a pesar de todo están en muchos de los casos obligados a seguir las directrices de éste, principalmente para negociaciones con países económicamente desarrollados y que por ende mantienen éste modelo como directiva al momento de realizar tratados que comprometan sus intereses fiscales a nivel internacional.

Nuestro país, a pesar de no tener como política la aplicación del Modelo de la OCDE, sí lo usa como referente al momento de negociar un convenio internacional, por ejemplo, el convenio celebrado entre Ecuador y España⁶⁷, mantiene como modelo al sugerido por la OCDE; por ello traigo a mi investigación para ver el referente de la figura analizada de la subcapitalización, y lo concerniente y aplicable a ella en el modelo de doble imposición de la OCDE.

Para entrar en materia, analizaré los informes sobre precios de transferencia emitidos por la OCDE; no olvidemos que los precios de transferencia

⁶⁶ César Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2006, p. 166.

⁶⁷ Convenio disponible en el R.O. No. 253, del viernes 13 de Agosto de 1993.

están íntimamente vinculados con lo que, a subcapitalización se refiere, conforme lo señalo en el capítulo I de este trabajo académico.

La legislación en materia de precios de transferencia de la OCDE⁶⁸ trata de establecer situaciones de equilibrio entre los contribuyentes y las administraciones tributarias, para lo cual la OCDE aconseja la utilización de un principio, como de mayor trascendencia e importancia a nivel internacional, como es el de *arm's length*; por el cual, las actividades o comercios vinculados, tienen que efectuarse a precios de mercado, o mejor dicho, deben tratarse como si se realizaran con partes independientes, aquí la directiva lo que trata de hacer, es que los precios que maneja el mercado, siempre entre partes independientes, sean respetados entre partes vinculadas o relacionadas, ya que entre partes vinculadas, muy a menudo no son considerados los precios de mercado, por ello los tratados aluden a este principio que regularía las transacciones para que no exista el beneficio fiscal. Al efecto, la OCDE postula lo siguiente:

“Por qué debería un país incorporar el principio de libre competencia en su legislación interna?”

En el plano teórico, los países en desarrollo y en transición y los países de la OCDE se enfrentan esencialmente al mismo desafío en el desarrollo de legislación en materia de precios de transferencia: la protección de su base imponible tributaria sin generar doble imposición o inseguridad jurídica que puedan obstaculizar la inversión extranjera directa y el comercio internacional. La adopción de legislación en materia de

⁶⁸ Al respecto mirar: Legislación en materia de Precios de transferencia propuesta de enfoque junio 2011. Organización para la Cooperación y el desarrollo económico, en la pagina web: <http://www.oecd.org/tax/transferpricing/48275782.pdf> / consultado el 11 de septiembre del 2012.

precios de transferencia que incorpore el principio de libre competencia puede contribuir a lograr este doble objetivo.”⁶⁹

La OCDE establece también las dificultades que podrían presentarse a la hora de aplicar este mecanismo, es así como termina diciendo que el análisis de precios de transferencia, no debe tratarse de realizar como si fuera fraude o evasión fiscal, aunque muy a menudo sean utilizadas para evidenciar éstos.

El principio de *arm's length*, está fundamentado en el art. 9 del Modelo OCDE en su apartado primero, que textualmente dice:

“...y, en uno y otro caso, las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, las utilidades que habrían sido obtenidas por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en las utilidades de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.”⁷⁰

Como vimos en el texto, éste hace una relación con lo que son las partes vinculadas y cuales deben y tienen que ser las relaciones entre ellas, es decir que deben manejar siempre un sentido de mercado en las negociaciones entre sí; ya que, de lo contrario las relaciones pueden ser catalogadas como vinculación, y con ello hacer aplicables las figuras, que para el efecto están diseñadas,

⁶⁹ Legislación en materia de Precios de transferencia propuesta de enfoque junio 2011. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico <http://www.oecd.org/tax/transferpricing/48275782.pdf> , consultado el 11 de septiembre del 2012, p. 2.

⁷⁰ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) artículo 9 primer inciso, p. 30.

principalmente aludiendo al desincentivo que aplica el Modelo de la OCDE en sus artículos 10⁷¹, 11⁷² y 12⁷³, concernientes a nuestro estudio.

⁷¹ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) “Artículo 10 Dividendos

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas –partnerships–) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos;

b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de estos límites.

Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de las utilidades con cargo a las cuales se pagan los dividendos.

3. El término “dividendos”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en las utilidades, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente.

En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.

5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga utilidades o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni tampoco someter las utilidades no distribuidas de la sociedad a un impuesto sobre las mismas, aunque los dividendos pagados o las utilidades no distribuidas consistan, total o parcialmente, en utilidades o rentas procedentes de ese otro Estado.”

⁷² Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) “Artículo 11 Intereses

1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite.

Cuando las relaciones entre empresas vinculadas se hubieren pactado en condiciones diferentes a las que se hicieren entre partes independientes, los beneficios podrán ser desproporcionados y tales beneficios serán consecuencia de gravar por parte del Estado.

3. El término “intereses”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en las utilidades del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos.

Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente Artículo.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.

5. Los intereses se consideran procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses, y estos últimos son soportados por el citado establecimiento permanente, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado contratante en que esté situado el susodicho establecimiento permanente.

6. Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.”

⁷³ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)

“ Artículo 12 Regalías

1. Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. El término “regalías”, en el sentido de este Artículo, significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

3. Las disposiciones del apartado 1 no son aplicables si el beneficiario efectivo de las regalías, residente de un Estado contratante, realiza en el Estado contratante del que proceden las regalías una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el bien o el derecho por el que se pagan las regalías está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.

4. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o por las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de las regalías, habida cuenta del uso, derecho o información por los que se pagan, exceda del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.”

La OCDE anticipa también, que para efectos de dar cumplimiento a este principio, se debe realizar comparaciones, éstas comparaciones entre los precios pactados con compañías vinculadas y precios pactados entre compañías independientes, tendrán complicaciones, ya que es difícil encontrar características similares que permitan una comparación que se acerque a la realidad de los hechos o negocios. Es el momento en el que las administraciones y los contribuyentes, se verán obligados a buscar precios de mercado que permitan realizar la comparación y justificar de esta manera su actuación comercial.

De la misma manera encontramos inconvenientes al determinar la vinculación de las sociedades, tema transcendental al momento de saber el mecanismo aplicable y la forma de determinar si está sujeto o no a normas de ajuste que permitan evitar la realización de figuras como la subcapitalización, que pretende buscar beneficios inmersos en la actividad comercial relacionada.

El Modelo de Convenio OCDE establece claramente, cómo debemos identificar a las empresas vinculadas, es así como nos dice en los literales a) y b) del artículo 9 lo siguiente: “a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, ...”⁷⁴; tomemos en consideración que la dirección el control, de una y otra empresa, crea intereses particulares muy íntimos, y es muy evidente encontrar que las dos empresas relacionadas puedan tener la intención de beneficiar a una de ellas; ya que el beneficio resultante a la final, terminará

⁷⁴ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) artículo 9 literal a), p. 30.

como beneficio propio, y por lo tanto, en este tipo de empresas es mas factible que se originen estos mecanismos de elusión fiscal.

*Así mismo el Modelo establece en el artículo 9 literal b) que: “unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante,...”*⁷⁵. Lo que implica que no solo entre sociedades puede darse esta vinculación, sino también podrá ser entre personas o sociedades y personas, en donde podremos encontrar que puede existir la misma intención de beneficiarse, por ello el modelo tiende a disminuir esta situación, con la aplicación del principio de *arm’s length*; resultando comparables las actividades vinculadas con las que se pudieren realizar con terceros independientes.

Los comentarios del Modelo OCDE⁷⁶ dicen que el convenio permite la aplicación simultánea de las normas tanto del convenio como las normas nacionales del Estado, siempre y cuando las normas que previenen la subcapitalización tengan por objeto la asimilación de las utilidades del prestatario, a las mismas condiciones de las que hubieren sido pactadas con partes independientes.

Lo que pretende el Modelo de convenio OCDE, es aplicar en los casos internacionales, el principio de plena competencia, que permita a las administraciones soluciones prácticas, sin alterar en muchos casos la normativa

⁷⁵ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) artículo 9 literal b), p 30.

⁷⁶ Comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) pp. 49 – 69.

interna de cada país, obviamente siempre y cuando no altere las utilidades que se llegare a obtener por parte de las compañías. Para el caso que llegaren a alterarse las normas internas de cada país, por consiguiente alterar de una u otra manera las utilidades (esto es aumentando o disminuyendo las utilidades, provocando un interés nacional particular) los que permitir[a resolver el problema será el procedimiento amistoso.

Otra de las consideraciones de la propuesta de enfoque de la OCDE acerca del artículo 9 del Modelo, dice “La alineación de las normas internas en materia de precios de transferencia con los principios aceptados internacionalmente y establecidos en las Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia puede(...) Proporcionar a los países los medios que requieren para luchar contra la transferencia artificial de beneficios fuera de su jurisdicción llevada a cabo por las empresas multinacionales...”⁷⁷

En lo referente a los préstamos, tomemos en consideración que en un préstamo cualquiera que este sea, existirá una tasa de interés, y obviamente entre partes vinculadas, también existirá una tasa de interés, es preciso que se aclare, que la aplicación del artículo 9 del Modelo OCDE⁷⁸, influirá en la tasa de interés, de la compañía vinculada, es así como el interés supremamente alto, o al contrario

⁷⁷ Legislación en materia de Precios de transferencia propuesta de enfoque junio 2011. Organización para la Cooperación y el desarrollo económico, <http://www.oecd.org/tax/transferpricing/48275782.pdf> / consultado el 11 de septiembre del 2012., p. 2.

⁷⁸ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) “Artículo 9 Empresas Asociadas

1. Cuando

a) una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante, o

b) unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, ...”

supremamente bajo, beneficia o perjudica a una u otra compañía, y por su carácter de vinculada, proyecta este beneficio o perjuicio a su compañía relacionada. Por ello, su alta incidencia al aplicar el citado artículo del Modelo, ya que la tasa de interés la ajustará de conformidad a lo que establezca el mercado. Ahora bien, es necesaria la identificación primaria, de si es un préstamo o no, y si es o no parte vinculada, ya que éste hecho afectaría a las relaciones de negocios interpartes.

En el caso ecuatoriano podemos tomar en cuenta que la aplicación del Modelo o su utilización como referente en la celebración de convenios bilaterales, no afectará la aplicación de nuestra norma interna, pero para ser más específico, lo importante sería señalar cuales son las normas ecuatorianas que regulan la subcapitalización, y si éstas serán afectadas con la aplicación del Modelo OCDE, y con ello poder determinar con claridad cual es el efecto en nuestro país.

Una de las disposiciones que hallamos en nuestra legislación referente al tema de los préstamos y tendiente a regular la subcapitalización de empresas, la encontramos en el Capítulo IV DEPURACIÓN DE LOS INGRESOS, Sección Primera De las Deducciones. Art. 10, numeral 2.⁷⁹ de la Ley de Régimen Tributario Interno, ésta norma es precisamente la que está relacionada con las deducciones

⁷⁹ Ley de Régimen Tributario Interno, "ART 10.- Deducciones .- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular se aplicarán las siguientes deducciones{...} 2.- Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador...." R.O. suplemento 463 del 18 de noviembre del 2004.

para calcular el impuesto a la renta, en donde encontramos que los préstamos no serán deducibles en la parte que exceda de la tasa autorizada por el Banco Central, el Modelo de la OCDE no interfiere en la aplicación de este artículo de la legislación nacional, por cuanto lo que promueve el art. 9 del Modelo OCDE, es la no negociación y la no alteración de las tasas de interés con referencia al mercado, a menos que se trate de subcapitalización. En nuestro país existe también el principio de plena concurrencia o principio de *arm's length*, que al igual que el Modelo OCDE, busca su aplicación.

En el mismo artículo, se establece también que los créditos no serán deducibles cuando estos no estuvieren registrados en el Banco Central, de esta manera nuestra legislación ampara la protección de la tasa de interés y en el caso que ésta fuere excesiva, no podrá registrarse, y con ello no serán deducibles, por ende el efecto resultante será, la sujeción de estos valores a imposición y en caso de tratarse de una subcapitalización de empresas, ésta no surtirá el efecto previsto por el contribuyente. Con lo cual la norma protege los intereses del Estado, y evita la subcapitalización por un lado, y la doble imposición, por otro. Podemos decir además que nuestra norma interna no interfiere en los intereses del Modelo de la OCDE, mas bien puedo decir que sigue la línea del Modelo, regulando las tasas y el mercado.

Ahora bien, cabe aclarar que en otros países pudiese existir la inconformidad de normas internas con respecto al convenio, y por tanto los ajustes que realizan los países tendrán objeciones con respecto a los convenio que este tiene celebrados o que llegare a celebrar, para estos casos, el Modelo de la OCDE

prevé el procedimiento amistoso⁸⁰ como parte fundamental, para solucionar controversias que llegaren a suscitarse entre países que han suscrito el convenio, este artículo, es el numero 25 del Modelo de la OCDE; el procedimiento amistoso prevé que las autoridades de la administración tributaria de dos o más estados contratantes, puedan llegar a acuerdos que logren imposibilitar la existencia de la doble imposición.

Nuestro ordenamiento jurídico también establece límites al endeudamiento extranjero; cuando los préstamos o créditos se realicen con partes relacionadas, su monto no podrá superar el 300% del patrimonio, y en caso de personas naturales este límite se lo establece en el 60% de sus activos totales, y cuando llegaren a ser superiores, no podrán ser deducibles para la liquidación del impuesto a la renta.⁸¹

En el caso de la aplicación de los ajustes de la contabilidad que prevé el Modelo de Convenio OCDE, podría generarse una doble imposición, por ejemplo,

⁸⁰ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) “Artículo 25 Procedimiento Amistoso.

1. Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no esté conforme con las disposiciones del presente Convenio podrá, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, someter su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el apartado

1 del Artículo 24, a la del Estado contratante del que sea nacional. El caso deberá ser planteado dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

⁸¹ Ley de Régimen Tributario Interno, Artículo 10 numeral 2. “...Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales. Los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles Para los efectos de esta deducción el registro en el Banco Central del Ecuador constituye el del crédito mismo y el de los correspondientes pagos al exterior, hasta su total cancelación.” R.O. suplemento 463 del 17 de noviembre 2004.

cuando, al tratar de realizar un ajuste por el Estado número DOS, cuando ya fueron gravadas en el Estado número UNO, para lo cual, entrará en funcionamiento el principio de plena concurrencia o de libre competencia, mismo que establece, que si fueron realizados las transacciones comerciales de las empresas como si se realizara a terceros independientes, o en base a precios de libre competencia, no podrá realizarse el ajuste, pero cuando este hecho no fuere así, entonces el Estado se encuentra en capacidad de realizar el ajuste pertinente. Dicho en otras palabras, si la empresa vinculada ha realizado transacciones comerciales como si se tratara de terceras independientes o las hubiere realizado en base a precios de mercado, los Estados no podrán realizar los ajustes que comprende el art. 9 del Modelo de convenio OCDE.

2.1.1. LOS INTERESES EN EL MODELO DE LA OCDE

Otro aspecto importante es el de los intereses, como dijimos en el capítulo anterior la subcapitalización de empresas es la capitalización de la empresa a través de préstamos, los mismos que generarán intereses, que sirven como deducción para efectos del cálculo del impuesto a la renta; reduciendo drásticamente las utilidades, pero con el propósito final de capitalizar la empresa como forma de financiación que utilizan las empresas que pertenecen al mismo grupo económico.

Entonces el modelo de Convenio OCDE en el artículo 11, habla acerca de los intereses y los regula precisamente para evitar la doble imposición, y para

prever la existencia de la subcapitalización y/o de una u otra manera, reducir su incidencia en las economías internacionales.

El numeral 6 del artículo 11 del Modelo OCDE, regula la subcapitalización de empresas y dice:

“6. Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.”⁸²

De la lectura del artículo precedente podemos deducir, que en el mismo está inmerso el principio de plena competencia, ya que regula las relaciones entre las compañías vinculadas y hace comparables éstas con las relaciones que pudieren ser con un tercero independiente, y las relaciones entre vinculados que superen estos valores o factores de mercado, podrán ser sujetos a imposición en el estado de origen, así mismo si comparamos lo que establece nuestra norma, podemos ver que sí existe regulación sobre el tema, ya que si los intereses no encuadran en los montos mínimos y máximos que establece nuestra norma, los excesos serán sujetos a imposición.

Un proceder distinto lo encontramos por ejemplo en España, en donde, a los intereses que superen los recursos propios, es decir el valor comercial de la

⁸² Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), numeral 6 del artículo 11, pp. 32 – 33.

empresa, se los considerará como dividendos⁸³, mientras que en Argentina los intereses serán deducibles dependiendo de las ganancias obtenidas, caso contrario no podrán deducirse⁸⁴.

Los Comentarios al Modelo OCDE, son claros al momento de hacer aplicable el artículo 11 del Modelo de Convenio⁸⁵, dicen también que dependerá de los estados las relaciones que para el efecto lleguen a convenir y establecer en el convenio bilateral; y para efectos de llegar a conflicto, el modelo establece el procedimiento amistoso, como el mejor camino a la solución de problemas, con respecto al tema de los intereses y también en los casos eventuales de malos entendidos al momento de aplicar el convenio.

Como vemos, la subcapitalización de empresas es tomada muy en cuenta por los modelos de convenio para evitar la doble imposición tanto, OCDE, ONU e ILADT, ya que son prácticas muy comunes por parte de los contribuyentes que pretenden de una u otra manera beneficiarse.

2.2. ¿LA SUBCAPITALIZACIÓN, ELUSIÓN O EVASIÓN FISCAL?

Dentro del análisis de los modelos de convenio para evitar la doble imposición, he considerado importante tratar, sobre si la subcapitalización de empresas es una medida elusiva o evasiva, para de esta forma focalizar de mejor

⁸³ Marlon Manyá Orellana, Apuntes de Fiscalidad Internacional, s.c., Edición No.1, 2009, p.77.

⁸⁴ Marlon Manyá Orellana, Apuntes de Fiscalidad Internacional, s.c., Edición No.1, 2009, p.75.

⁸⁵ Al respecto mirar: Comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

manera los convenios, cual es la perspectiva y alcance de los mismos, características que determinan ya sea la una figura o la otra.

La doctrina, así como la jurisprudencia separan las dos figuras anotadas de la elusión y la evasión, y dan a cada una un carácter diferente, considerando a la evasión como punible y a la elusión como no punible. La primera identifica procederes constantes en la ley, es decir hechos previamente tipificados, y por ello prohibido su aplicación, siendo por tanto punibles; mientras que la segunda utiliza actos jurídicos alternativos. Y con ello viables.

La elusión fiscal, prácticamente involucra eludir el hecho imponible, es decir, evitar que éste se verifique mediante un proceder lícito, con la utilización de instrumentos jurídicos válidos o mediante la participación de una institución exenta.

La evasión según Jorge Héctor Damarco dice: “en la acepción vulgar, tiene claro contenido intencional. La evasión cárcel. La evasión de una dificultad. La evasión de impuestos.”⁸⁶

Ahora lo importante es encuadrar a la figura de la subcapitalización en alguna de estas dos figuras. Como se estableció con anterioridad, la subcapitalización es una forma de financiación que utilizan las empresas pertenecientes al mismo grupo económico, siendo que la figura de aportación de capital, queda opacada por la de intereses. Lo que resultaría en una disminución de la rentabilidad de la empresa y por ende en menores contribuciones fiscales; pero será de considerarla como ¿legal o ilegal?. Como he señalado en líneas

⁸⁶ Jorge Héctor Damarco, *La Elusión Fiscal y los Medios para Evitarla*, Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Venezuela, Editado por Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008, p. 199.

anteriores, los convenios de doble imposición tocan el tema de los intereses, las regalías, y las rentas empresariales, y en todos los casos, tratan de evitar que la figura de la subcapitalización de empresas se configure, con estos criterios, podríamos considerarlo o no como evasión fiscal?; la pregunta nos da mucho que pensar y nos permite dilucidar los temas más trascendentales de la institución jurídica estudiada.

Klaus Vogel define a la elusión como "...la elección jurídica correcta de una forma jurídica que para el contribuyente es mas favorable que las otras, en el plano respecto de cuanto establece la administración financiera..."⁸⁷, entonces si la elusión es la aplicación de una figura jurídica legal, entonces los intereses serán la aplicación de una figura jurídica, pero de ningún modo esto evidencia una ilegalidad consumada.

La figura del préstamo y los intereses que se generan por el costo del dinero, es una figura tanto económica, como institución jurídica, muy utilizada en el mundo de los negocios tanto nacionales como los extranjeros, así como por las instituciones financieras ya sea con transacciones nacionales o las realizadas en el extranjero. Por ello, por qué no decir que la aportación de una empresa vinculada o del mismo grupo económico, preste a una empresa relacionada, no es una forma de evasión de los tributos, razón suficiente para que no se considere como evasión de impuestos; recordemos que, para que sea evasión deberá ser punible, y ello involucra una prohibición legal.

⁸⁷ Andrea Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario*, Tomo I, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 2001, p. 719; Citado en el libro de Romina Budasoff, *Elusión Evasión y Uso de los Paraísos Fiscales en el Comercio Electrónico*, Buenos Aires, delta editora argentina, 1997, p. 137.

La elusión fiscal, tiene como finalidad, el ahorro fiscal de la compañía o contribuyente, mediante la conducta que impide el nacimiento de la prestación tributaria, reducirla o eliminarla; muy distinta a la evasión, tomando en consideración que la elusión tiende más a lo que es la planificación fiscal o economía de opción, conceptos inclinados más a la elusión legítima; mientras que, la evasión mas bien tiene un carácter infraccional o delictivo, determinado por una norma específica; así lo comenta Cubides Pinto "...evasión corresponde a los actos contrarios a la Ley, mediante los cuales el contribuyente oculta el nacimiento de la obligación tributaria. En la Evasión hay una defraudación fiscal,..."⁸⁸. Es decir un acto evasor contraviene la ley y las figuras jurídicas, es preciso aclarar que los actos que se encuentran tipificados o apoyados en normas expresas, no podrá considerarse, ni se considera como si se tratase de una evasión fiscal, mas bien, el hecho de aplicar la ley y sustentarse en ella, para liquidar un impuesto, es perfectamente lícito y de ninguna manera podrá considerarse como delito punible. En nuestro estudio de la subcapitalización, cuando hablamos de un préstamo realizado, encontramos en él, un asidero jurídico suficiente como para no catalogarlo como una conducta delictiva.

Un concepto de préstamo lo podemos encontrar en José María Martín Oviedo que dice: "El concepto legal de préstamo coincide con el usual: entrega de una cosa para su posterior devolución"⁸⁹

⁸⁸ Cesar García Novoa, "La Elusión Fiscal y los Medios para Evitarla", Memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Venezuela, Editado por Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008, p. 56

⁸⁹ José María Martín Oviedo, *Problemas fiscales de la empresa*, Madrid, editorial Aldus S.A, 1976, p. 163

Respecto a lo intereses nos dice: “ El importe que se presta es aquel que se debe devolver, ...”⁹⁰

Como vemos, el préstamo es una figura común utilizada para el financiamiento de las empresas y su uso de ninguna manera acarrearía defraudación a la ley, pero si esta misma institución se la intenta camuflar, podemos decir que se pretende realizar un fraude a la Ley.

Ahora bien, en los modelos de convenios de doble imposición, por ejemplo el ya estudiado OCDE, podemos encontrar en su texto, que promueve, el hecho de que no se origine en un contribuyente la doble imposición, ya que resultaría un despropósito al desarrollo económico del contribuyente, y en ellas podemos encontrar regulaciones a las actividades de las empresas relacionadas que en ningún momento las define como punibles.⁹¹

Encontramos en el modelo mencionado una regulación a efecto de desincentivar la conducta elusiva, mas no estableciendo su delictividad, es por ello que tomamos la figura materia de nuestro estudio como es la subcapitalización y la ponemos en el análisis presente, para efectos de determinar si es una figura elusiva o evasiva de tributos. Refiriéndome a lo ya dicho y demostrado, las

⁹⁰ José María Martín Oviedo, *Problemas fiscales de la empresa*, Madrid, editorial Aldus S.A, 1976, p. 163.

⁹¹ Comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), comentarios al artículo 9 relativo a la imposición de las empresas asociadas.- “Apartado 2. Este apartado establece que las autoridades fiscales de un Estado contratante podrán, con el fin de calcular las deudas tributarias de las empresas asociadas, rectificar la contabilidad de las empresas si, por las relaciones especiales existentes entre ellas, sus libros no reflejaron las utilidades imponibles reales generadas en ese Estado. Es evidente la oportunidad de autorizar dicho ajuste en tales supuestos. Las disposiciones de este apartado sólo son aplicables cuando se hayan convenido o impuesto condiciones especiales entre las dos empresas. No será admisible la rectificación de la contabilidad de las empresas asociadas si las operaciones entre ellas se han producido en condiciones normales de plena competencia.”

regulaciones de los modelos de CDI no son mas que referencias y en ningún caso, a las figuras, se les da el carácter de delictivo o punible.

Ahora, desde otro punto de vista, podría reconocerse a la subcapitalización como una figura utilizada para alcanzar el fraude a la ley, pero desde un punto de vista más preciso, podemos decir que la misma nace a efectos de disminuir la carga fiscal aplicando normas y fundamentos legales, que permiten crear una mayor deducción, pero la figura en ningún momento trasciende a lo delictivo.

En la legislación ecuatoriana existen normas⁹², que evitan que estos beneficios resultantes de la aplicación de la subcapitalización se produzcan, pero no significa que por tal situación la hagan punible a la figura de la subcapitalización, mas bien lo que hace la norma ecuatoriana es desincentivar la aplicación de esta figura, ya que evitan que se beneficie el contribuyente con el resultado final, que la hace atractiva, en otras palabras nuestra ley, así como las normas en otros países y los modelos de convenios de doble imposición revisados en este trabajo, lo que buscan es no incentivar estas prácticas, regulando las relaciones y haciendo que las mismas no produzcan el efecto pretendido por las empresas del mismo grupo económico.

En conclusión, diría que la subcapitalización, es una actividad dirigida a impedir el perfeccionamiento del hecho imponible mediante la gestión lícita de una institución económica, jurídica, financiera, y por ende no busca la evasión fiscal, más bien puede decirse que es el resultado de la búsqueda de una ventaja patrimonial, que no está determinada como punible, por lo tanto puede ser

⁹² Ley de Régimen Tributario Interno, reformas a la ley para la equidad tributaria, artículos 4.1, 13, 15.1, 15.2, 15.3, R.O. Suplemento 242, de 29 de diciembre del 2007.

catalogada como elusión fiscal, ya que en la ley ya sea nacional como internacional y los tratados internacionales, lo único que hacen es regularla para efectivamente evitar que exista el beneficio fiscal, que busca la empresa relacionada. Así la doctora Yolanda Yupanqui dice: "...LA ELUSION: consiste en evitar el pago de un tributo utilizando determinadas formas jurídicas, aprovechando vacíos legales o haciendo interpretaciones acomodadas. Es una acción lícita tendiente a lograr la no concreción del hecho imponible y mas concretamente alcanzar el no pago del Tributo establecido."⁹³

2.3. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL MODELO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU)

La Organización de Naciones Unidas (ONU) con el modelo creado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE, crea su propio Modelo de Convenio, la última revisión 2011, para evitar la doble tributación. Consideró además que el Modelo OCDE estaba diseñado para economías desarrolladas, decidiendo crear un modelo propio al que se le conoce con el nombre de Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollador y países en desarrollo, en éste se señala y pone mayor énfasis en los derechos de los países con criterio fuente; restringiendo las operaciones de todas las empresas extranjeras, a fin de que éstas operen pagando impuestos en el país de origen de los recursos o fuente, dejando abierta

⁹³ Yolanda Yupanqui, "Posibilidad de Evitar la Elusión Tributaria y Figuras Relacionadas" Memorias de las XXIV Jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Editado por Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008, p. 350.

la posibilidad de contar con tasas de retención más altas, en el país de la fuente, sobre lo que son los intereses, dividendos y regalías⁹⁴.

Pero el sistema ONU no tiene tanta vigencia e importancia, porque, el más utilizado al momento de remitirse algún modelo para celebrar convenios de doble imposición es el de la OCDE, es importante resaltar además que entre los dos modelos, existe un texto bastante parecido y los principios que consagran yo diría que también son los mismos, bueno analizaremos los artículos y una vez estudiados, podemos concluir estableciendo el parecido, sus similitudes y de existir, las diferencias existentes entre estos dos modelos.

El artículo 9⁹⁵ del modelo ONU, tiene un gran parecido al artículo 9 del Modelo de la OCDE, precisamente, su texto además de ser muy parecido, refleja

⁹⁴ Al respecto mirar: Cesar Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Quito, corporación Editora Nacional, 2006, p 162, 163, 164. “El modelo de la ONU enfatiza en los derechos de los países productores de la renta, {...}. También las cláusulas permiten al país de la fuente imponer tasas de retención más altas sobre intereses, dividendos y regalías...”

⁹⁵ Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20LADT.pdf>, revisada el 19 de septiembre del 2012. artículo 9 Modelo ONU Artículo 9, Empresas Asociadas

“1. Siempre que:

a) Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o b) Las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante, y en cualquiera de los dos casos las dos empresas establezcan o impongan en sus relaciones comerciales o financieras condiciones que difieran de las que se habrían establecido entre empresas independientes, cualesquiera beneficios que, de no ser por esas condiciones, hubieran correspondido a una de las empresas pero que, por esas condiciones, no le hayan correspondido, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y ser gravados en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado —y los grave en consecuencia— los beneficios por los que una empresa del otro Estado contratante haya sido gravada, y los beneficios así incluidos sean beneficios que habrían correspondido a la empresa del primer Estado si las condiciones establecidas entre las dos empresas hubieran sido las que regirían entre empresas independientes, ese otro Estado ajustará debidamente la cuantía del impuesto que grave en él esos beneficios. Para determinar ese ajuste se tendrán debidamente en cuenta las demás disposiciones de la Convención, y las autoridades competentes de los Estados contratantes celebrarán consultas entre sí, cuando fuese necesario.

3. Las disposiciones del párrafo 2 no se aplicarán cuando, de resultas de actuaciones judiciales o administrativas o de actuaciones legales de otra índole, haya una decisión firme de que, en virtud de actos

el reconocimiento de lo que son las partes vinculadas o grupos relacionados, y además también la existencia del principio de plena concurrencia o de mercado; es decir, en su texto podemos deducir, que la ONU también norma las relaciones entre partes vinculadas, ya que de ellas por lo general pueden resultar negocios que contienen intereses particulares y beneficios fiscales, a efectos de crear condiciones favorables para sus relacionados.

El Modelo de la ONU, persigue otro ideal, que no solo beneficia a los países desarrollados, por igual, da oportunidad a los países con criterio fuente. Pero tanto en el Modelo OCDE como en el Modelo ONU, encontramos que los dos se interesan por regular las relaciones entre partes del mismo grupo, y es evidente, ya que es en donde ocurren con mayor frecuencia las figuras tanto elusivas como evasivas de tributos; es así que el artículo 9 del modelo ONU, muy poco se diferencia al Modelo ya analizado, en los artículos referentes a los dividendos, intereses y regalías⁹⁶, hace una mención, a que los negocios relacionados deberán tomar en cuenta el artículo 9 a efectos de establecer las partes relacionadas.

Por ejemplo, en el artículo 11 del Modelo de Convenio ONU, en su apartado número 6, expresamente dice:

“6. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el propietario beneficiario, o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del importe que se habría acordado por el

que den lugar a un ajuste de los beneficios con arreglo al párrafo 1, una de esas empresas será pasible de sanción por fraude, negligencia grave o incumplimiento doloso.”

⁹⁶ Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, nov. 2011, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20LADT.pdf>, revisada el 19 de septiembre del 2012. artículo 9.

deudor y el propietario beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones del presente artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de la presente Convención.”⁹⁷

Del texto se desprende, que las relaciones entre partes relacionadas o la vinculación, tendrá que remitirse a otro tratamiento, y éste será el analizado en el artículo 9 del Modelo de Convenio, siendo la regulación de mercado, lo que promueve la aplicación de este artículo.

Como podemos darnos cuenta, el principio de *arm's length*, está también presente en el convenio de Modelo para la ONU.

Cuando hablamos de Cánones y Regalías, esto es lo mencionado en el artículo 12⁹⁸ del Modelo, se refiere también a las partes relacionadas y al

⁹⁷ Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, nov. 2011, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20ILADT.pdf> , revisada el 19 de septiembre del 2012. artículo 11 apartado 6.

⁹⁸ Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo, nov 2011, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20ILADT.pdf> , revisada el 19 de septiembre del 2012.

“Artículo 12. cánones o Regalías

1. Los cánones procedentes de un Estado contratante pagados a un residente de otro Estado contratante podrán someterse a imposición en este último Estado.

2. Sin embargo, esos cánones también podrán someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el propietario beneficiario de los cánones es residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del ___% (el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) del importe bruto de los cánones. Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán, de mutuo acuerdo, la forma de aplicar este límite.

3. El término “cánones” empleado en este artículo comprende las cantidades de cualquier caso pagadas por el use o la concesión de use de derechos de autor sobre las obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas y las películas o cintas utilizadas para su difusión por radio o televisión, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, pianos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el use o la concesión de use de equipos industriales, comerciales o científicos, y las cantidades pagadas por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

4. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no se aplicarán si el propietario beneficiario de los cánones, residente en un Estado contratante, realiza operaciones comerciales en el otro Estado contratante

tratamiento especial que deberá dársele, esto es, sometiendo los excesos a un ajuste de mercado.

Tanto en el Modelo ONU como en el Modelo OCDE, todas las diferencias de los resultados, una vez aplicados los ajustes, podrán ser materia de imposición, tomando en consideración la normativa interna del estado en donde fuere del caso.

No es preciso ahondar más en el tema, ya que una vez estudiado el Modelo de la OCDE, podemos fácilmente referirnos al modelo ONU, ya que en materia de subcapitalización, manejamos las mismas referencias, y son prácticamente los mismos artículos y muy semejantes sus textos, que regulan a la figura materia del presente estudio, que es la subcapitalización.

En conclusión podemos decir que, los dos modelos aplican el mismo principio, como es el de plena concurrencia o *arms length*, al momento de verificarse una subcapitalización de empresas.

del que procedan los cánones, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes desde un centro fijo situado en él, y el derecho o propiedad por el que se paguen los cánones está vinculado efectivamente con a) ese establecimiento permanente o centro fijo, o con b) las actividades comerciales mencionadas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 7. En tales casos, se aplicarán las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14 según corresponda.”

5. Los cánones se considerarán procedentes de un Estado con-tratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los cánones, sea o no residente en un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un estable-cimiento permanente o un centro fijo en relación con el cual se haya contraído la obligación de pagar los cánones y este establecimiento o centro fijo soporte el pago de los mismos, los cánones se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente o centro fijo.

6. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el propietario beneficiario o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los cánones, habida cuenta del uso, derecho o información por el que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el propietario beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las de-más disposiciones de la presente Convención.”

2.4. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL MODELO DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO, 2010 (ILADT)

La situación en América Latina tiene su propio matiz, el instituto latinoamericano de Derecho Tributario ha elaborado su propio modelo de convenio, el último revisado el 2010, mismo al que no se le ha dado mucha relevancia ni en los propios países de América Latina.

Entre sus características propias, este modelo restringe la tributación en el país de la fuente y no reconoce un nivel mínimo no gravado, el modelo promueve la tributación en la fuente⁹⁹; por ende este modelo pierde vigencia al momento de una negociación bilateral con los países desarrollados.

Lo importante ahora, es analizar el Modelo ILADT desde nuestra perspectiva de estudio como es la subcapitalización.

Es así que buscando los artículos pertinentes, que guarden relación de este Modelo con el tema analizado, podemos encontrar, que en el Modelo ILADT no hay una clara referencia de los conceptos relacionados a las partes vinculadas; en los modelos anteriores tanto OCDE como ONU, este tema es la piedra angular, en donde se origina las regulaciones de las relaciones que deberán observarse entre las partes relacionadas, tema con el que se abre la puerta al análisis de la subcapitalización de empresas.

⁹⁹ Ver mas al respecto: en Modelo ILADT de Convenio para América Latina, 2010, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20ILADT.pdf> revisado el 19 de septiembre 2012, en Consideraciones Generales, p. 14, 15.

Podemos decir que el Modelo ILADT, regula los temas de intereses y regalías¹⁰⁰, pero sin hacer mención a las relaciones que deberán tener las partes relacionadas, originando así un vacío, que permite a las empresas del mismo grupo económico negociar en base a su propio interés, y obtener los beneficios inter-partes a su conveniencia. Ahora bien, con este vacío, se deja en poder de los países, y en base a su normativa interna, la regulación de estos aspectos.

En este modelo, no encontramos evidencia de la existencia del principio de plena concurrencia o principio de *arm's length*, sin embargo regula las relaciones entre empresas de un Estado y otro, tanto en los intereses y regalías; es así como en su artículo 9¹⁰¹, habla acerca de los intereses y regalías, cabe señalar que en este Modelo, se toma en consideración al Establecimiento Permanente, pero no encontramos inmerso en este concepto ninguna referencia al principio de plena concurrencia, así como tampoco, de las relaciones que deberán mantener las partes relacionadas.

Para efectos de nuestro estudio, no aconsejo el Modelo ILADT, toda vez que éste, no sería una especie a seguir; si de alguna manera u otra queremos regular a la figura de la subcapitalización de empresas o evitar ésta, ya que es un

¹⁰⁰ Modelo ILADT de Convenio para América Latina, 2010, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20ILADT.pdf>, revisado 19 de septiembre 2012, artículos 9.

¹⁰¹ Modelo ILADT de Convenio para América Latina, 2010, <http://www.ichdt.cl/files/Modelo%20ILADT.pdf>, revisado el 19 de septiembre 2012, Artículo "9 Intereses y regalías

1. Los intereses y regalías y cualquier remuneración similar pagada a un residente de un Estado Contratante pueden ser gravados en dicho Estado.
2. Sin embargo, dicho ingreso puede ser gravado en el Estado Contratante en el que surge el ingreso, pero el impuesto no podrá exceder del 15% del monto de los intereses y regalías deducidos por el pagador según las leyes internas aplicables.
3. Siempre que dicho pago esté efectivamente asociado con un establecimiento permanente, el artículo 7 se aplicará a dichos ingresos.
4. Siempre que dicho pago esté efectivamente asociado con un bien inmueble, el artículo 6 se aplicará a dichas rentas."

convenio muy abierto y no involucra los principios de mercado que otros modelos sí lo hacen.

Hemos analizado los tres modelos OCDE, ONU, ILADT; y cuales son los mecanismos que encontramos en cada uno de ellos, lo que nos permite visualizar que existe una regulación de lo que son las partes relacionadas, y con ello podemos regular a la subcapitalización de empresas indirectamente; es necesario hacer una introspección en nuestro estudio dentro del marco de la norma ecuatoriana; y hacer un rápido recorrido por cuales son las regulaciones y la figura que ha tomado la figura estudiada de la subcapitalización en el Ecuador.

CAPÍTULO III LA SUBCAPITALIZACIÓN Y SUS ASPECTOS MÁS PROBLEMÁTICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y EL DERECHO COMPARADO.

En este capítulo quiero referirme a las normas que tienen que ver con el tema en estudio y además analizar la jurisprudencia en el Ecuador; vale hacer hincapié en que la jurisprudencia que voy a utilizar, y que me va a servir como material del análisis, es anterior a las normas aludidas; y por ello su importancia ya que podemos hacer referencia a los aspectos importantes, basados en un antecedente jurídico emitido al respecto¹⁰², que permitirá sacar a colación un mejor análisis de la figura estudiada.

¹⁰² Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana sentencia emitida, en el juicio de impugnación que siguió la Empresa Schlumberger Surenc S. A. Sucursal Ecuador, contra el Director General del Servicio de Rentas Internas, de fecha 27 de julio del 2010, causa signada con el numero No. 226-2009.

En la legislación ecuatoriana, podemos decir que el tema es relativamente nuevo ya que a partir del Decreto Legislativo, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007, es que podemos contar con este tipo de legislación que regula los diferentes aspectos, permitiendo que no se produzcan casos de subcapitalización.

Las nuevas reformas, permitieron nuevas y profundas regulaciones reglamentarias que aplican a la figura de la subcapitalización; entre la nueva normativa encontramos lo referente a partes relacionadas; así tenemos el artículo innumerado siguiente al 4, es decir 4.1¹⁰³; que al igual que los Modelos OCDE y ONU, definen el hecho de que las personas, sean estas naturales y/o jurídicas, participen en otra empresa, ya sea directa o indirectamente en: la dirección; administración; y, control o capital; lo que es consecuente con los modelos mencionados en lo que respecta a las partes relacionadas.

Además encontramos en nuestra legislación el artículo innumerado siguiente al 15, o mejor dicho 15.1¹⁰⁴, que habla de los precios de transferencia y menciona al principio de plena concurrencia, consecuente también con los modelos OCDE y ONU; y además, establece los métodos por los cuales puede realizarse ajustes, tema mencionado también por los modelos internacionales.

¹⁰³ Ley de Régimen Tributario Interno, reforma a la ley para la Equidad Tributaria, artículo innumerado siguiente al 4. "Partes relacionadas.- Para efectos tributarios se considerarán 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, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas." R.O. suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007.

¹⁰⁴ Ley de Régimen Tributario Interno, reforma a la ley para la Equidad Tributaria, artículo innumerado siguiente al 15 "Precios de Transferencia.- Se establece el régimen de precios de transferencia orientado a regular con fines tributarios las transacciones que se realizan entre partes relacionadas, en los términos definidos por esta Ley, de manera que las contraprestaciones entre ellas sean similares a las que se realizan entre partes independientes." R.O. suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007.

En los modelos internacionales existe también el mecanismo de acudir a las normas internas a efectos de dilucidar el tema; por ejemplo el artículo 11 del Modelo OCDE numeral 2; que en su parte pertinente dice: “Sin embargo, dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado Contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, ...”¹⁰⁵; conforme ya lo explicamos en el capítulo II, y al efecto contamos con el numeral 2 del artículo 10 de nuestra norma, que establece un límite al endeudamiento del 300% respecto al patrimonio para personas jurídicas y del 60% de sus activos totales para personas naturales, consecuente con el convenio en mención; ya que, a ésta norma se acudirá, cuando el convenio ordene proceder conforme a la norma interna nacional del país; todo esto consecuente con lo referente a las partes relacionadas.

Voy a realizar un análisis de cada una de las partes de la sentencia que mencione al principio del tema, con lo que, contrastaremos con lo estudiado en el primer capítulo y así evidenciar la doctrina internacional que nos arroja nuevas luces sobre esta figura.

El proceso al que me refiero es la sentencia emitida, por la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, de fecha 27 de julio del 2010, causa signada con el número No. 226-2009, en el juicio de impugnación que siguió la Empresa Schlumberger Surencó S. A. sucursal Ecuador, contra el Director General del Servicio de Rentas Internas.

¹⁰⁵ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) artículo 11 numeral 2.

Como dije, no vamos a ver la parte de fondo, ni a realizar críticas a la sentencia, tomaré en consideración las partes más importantes, que me permita efectuar un estudio pormenorizado de la subcapitalización en el Ecuador; dicho esto, la sentencia en su considerando segundo dice: “ ... aportó capital bajo la figura de préstamo a la actora de este juicio, la cual de este modo pudo deducir intereses; que de ese modo se logró una base imponible menor; ...”¹⁰⁶ Como podemos ver el criterio emitido por la Corte contrasta con el concepto que menciona el tratadista Marlon Maya Orellana cuando dice: “La contribución real de capital queda opacada por la figura del interés, ...”¹⁰⁷. La Corte ha calificado que el préstamo ofrecido generó intereses que le sirvieron a la empresa como deducción, con lo cual generó una base imponible menor y con ello evitó el pago de impuestos, cuando en realidad existía una base imponible mayor que determinaría un pago de impuesto mucho mayor a los pagados.

Establecido de esta manera y trasladando lo mencionado en el capítulo primero de este estudio, el comportamiento al que me he referido generaría que la administración pueda hacer un ajuste de los precios, aplicando la ley; para mayor precisión, nuestra ley en el artículo sin número después del 15 dice:

“Art. (...) Principio de plena competencia.- Para efectos tributarios 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

¹⁰⁶ Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana sentencia emitida, en el juicio de impugnación que siguió la Empresa Schlumberger Surencó S. A. Sucursal Ecuador, contra el Director General del Servicio de Rentas Internas, de fecha 27 de julio del 2010, causa signada con el número No. 226-2009, p. 2

¹⁰⁷ (M. Manyá Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, p. 65)

que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán sometidas a imposición.”¹⁰⁸

De lo expuesto viene en conocimiento que la jurisprudencia (anterior), está hoy bien reflejada por el artículo transcrito.

Como vemos, nuestro país desde el año 2007 cuenta con antecedentes que podran haberse utilizado como regulaciones al respecto; además en la sentencia se puede colegir con claridad meridiana el principio de plena competencia, que como vimos en el primer capítulo, es el mismo que el principio de *arm's length*, llamado también de plena concurrencia. En la sentencia analizada el origen del conflicto fue el en año 2006 donde no existía normativa sobre el tema, razón por la que no encontramos citado este artículo.

En la sentencia se indica que la administración, a este incidente de subcapitalización, no la ha calificado de Elusión sino de Simulación, al respecto veamos que dice Yolanda Yupanqui en las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, sobre la simulación: “Es la manipulación de las formas Jurídicas para evadir impuestos”¹⁰⁹ así también dice: “Se configura la SIMULACIÓN, cuando mediante la distorsión de la forma Jurídica, el Contribuyente aprovecha de una regulación legal que no es muy clara para evitar el pago de los tributos legalmente debidos.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Ley de Régimen Tributario Interno, Artículo agregado por Art. 78 de Decreto Legislativo No. 000, R.O. Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007, artículo innumerado después del 15.

¹⁰⁹ (Y. Yupanqui, “Posibilidad De evitar la Elusión Tributaria y Figuras Relacionadas” memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, P. 360).

¹¹⁰ (Y. Yupanqui, ““Posibilidad De evitar la Elusión Tributaria y Figuras Relacionadas ”, memorias de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Pág. 360)

La simulación se confunde con la evasión y de lo que puedo entender, sería solo un grado menor que la evasión, pero no es materia del análisis de mi trabajo académico, este particular, pero es muy importante dejar abierta la puerta a efectos de que se puedan emitir nuevos y mayores criterios sobre si la subcapitalización es evasión simulación y otros más, pero por el momento dejo sentado mi criterio propio de que la subcapitalización de empresas es mas una elusión fiscal que una evasión.

Como vemos, la simulación es el encubrimiento artificioso y malintencionado con el pretexto de distorsionar el hecho imponible, alterando la realidad jurídica, por ende una figura ilícita, pero que no llega a ser evasión, recordemos que la evasión en nuestro capítulo tercero, la catalogamos como la figura mal intencionada artificiosa, por la cual el contribuyente perjudica al fisco, pero a pesar de ser parecidas entre si, la simulación, no llega estar estipulada como prohibida, es decir la sentencia en el Ecuador la cataloga como simulación, mas no elusión, recordemos lo que es la elusión: según Alberto Xavier dice “El fenómeno de la Elusión fiscal internacional se asienta así, en un doble presupuesto: la existencia de dos o mas ordenamientos tributarios, de los cuales uno o mas de uno se presentan, frente a una situación concreta, como mas favorable...”¹¹¹ “Precisamente a esta facultad voluntaria de opción {...} se refiere las expresiones “Planeamiento Fiscal”...”¹¹² “la Elusión consiste en la reducción de la carga tributaria a través de la utilización de medios o estructuras, lícitos,

¹¹¹ Alberto Xavier, *Derecho Tributario Internacional*, Buenos Aires, editorial Abaco de Rodolfo Depalma, s.f., p. 245.

¹¹² (A. Xavier, *Derecho Tributario Internacional*, p.p. 245, 246)

jurídicamente irreprochables, accionar que se encuentra fuera del ámbito penal.”¹¹³

La simulación y la elusión son dos figuras muy parecidas, ya que las dos tienen la intención de disminuir los tributos, la una mediante maneras artificiosas y maliciosas; la otra mediante maneras artificiosas y basadas en una institución jurídica lícita. Desde un punto de vista, sigo manteniendo que la subcapitalización puede ser mas bien una elusión, antes que una simulación, ya que en la primera lo que utiliza es una figura jurídica licita, y aplica la deducción prevista, a pesar de ser habilidosa, es en sí lícita y legal. Ahora todo esto, hasta el año 2006, pero a partir de que las normas en el Ecuador existen, es decir desde el año 2007, podría decirse, que es una simulación habilidosa, artificiosa, y ahora reglada, por tanto no utilizada como mecanismo elusivo, por cuanto a pesar de ser licito, ósea no evasión, lo que se procura es evitar el fin que persigue y en definitiva bloquear el beneficio que persigue el contribuyente. Vale tomar en consideración que la doctrina internacional así como en jurisdicciones comparables, a la simulación se la señala como figura elusiva, por tanto las características serán parecidas y obviamente tendientes a conseguir el mismo fin de manera licita.

En la sentencia que estamos analizando también hace referencia a la condición de la empresa como sujeto de crédito; y hace referencia a la existencia de un pasivo mayor al activo; este hecho le convierte a la empresa en un sujeto no crediticio, y la sentencia lo dice así: “... lo que no le convierte a la Empresa en

¹¹³ Romina Budasoff, *Elusión, Evasión y Uso de los Paraísos Fiscales en el Comercio Electrónico*, Buenos Aires, Delta Editora, 1997, p. 137

sujeto de crédito en el monto del préstamo solicitado”¹¹⁴. Lo que pretende decir es que una parte independiente, es decir no vinculada a la empresa, no del mismo grupo, no hubiere conferido un crédito de tan alta magnitud, tomando en consideración los activos que mantiene, en resumen el crédito no podía obtener bajo ningún motivo en una institución financiera por cuanto no tienen suficiente dinero que avale el préstamo y por ello éste jamás se hubiere dado, pero a pesar de todo se proporcionó. Si recordamos lo que venía diciendo en el capítulo primero de mi estudio, vemos, como influye las actuaciones de una parte influenciada por la vinculación, y crea condiciones que no se hubieren originado tratándose de partes independientes.

Nuestra ley ahora regula este proceder, está indicado en el artículo siguiente al 15, o mejor dicho 15.1¹¹⁵, acerca de los precios de transferencia, norma que regula las transacciones entre partes relacionadas, a efectos de que las relaciones sean parecidas a las que maneja el mercado, ya sea este nacional o internacional, entre las regulaciones que establece nuestra ley, es precisamente, los ajustes para los cuales se establece métodos de comparabilidad, para determinar el mismo se seguirán procedimientos específicos que establezca la ley.

En nuestra ley, en el artículo mencionado, así como en los Modelos de la OCDE y ONU, encontramos inmerso el principio de plena concurrencia o libre

¹¹⁴ Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana sentencia emitida, en el juicio de impugnación que siguió la Empresa Schlumberger Surencó S. A. Sucursal Ecuador, contra el Director General del Servicio de Rentas Internas, de fecha 27 de julio del 2010, causa signada con el número No. 226-2009, considerando segundo, p. 3.

¹¹⁵ Ley de Régimen Tributario Interno, reformas a la ley para la Equidad Tributaria, artículo innumerado siguiente al 15. “Precios de Transferencia.- Se establece el régimen de precios de transferencia orientado a regular con fines tributarios las transacciones que se realizan entre partes relacionadas, en los términos definidos por esta Ley, de manera que las contraprestaciones entre ellas sean similares a las que se realizan entre partes independientes.” R. O. suplemento 242, 29 de diciembre del 2007.

mercado, o más conocido en el trascurso del presente trabajo, como el principio de *arm's length*; el mismo que busca mantener las relaciones de compañías vinculadas entre sí, como si estas fueran realizadas con terceros independientes, es decir nuestra norma mantiene un criterios similar a lo ya estudiado a nivel internacional como son los modelos de convenio, que en muchos países sirven y han servido de base para establecer las relaciones bilaterales entre Estados; y en donde ha primado el principio de plena concurrencia, mismo que en nuestro país se encuentra vigente a partir del año 2007, mediante Decreto Legislativo, publicado en Registro Oficial, Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, Suplemento 242 de 29 de diciembre del 2007.

La referencia en el acápite anterior es para analizar lo que a mi estudio se refiere, precisamente la figura de la subcapitalización de empresas, y como la Corte de Justicia ha actuado sobre el tema, considerándola de mucha importancia ya que a ese momento no existía en el Ecuador normas sobre el tema, materia de la presente investigación, y es un material de estudio en cuanto a la realidad propia de la figura, ya que puedo remontarme a los primeros indicios históricos y su tratamiento en el Ecuador.

Con ésta aclaración quiero hacer referencia al voto salvado¹¹⁶, emitido por la Corte Nacional, por Gustavo Durango, relativa al tema de la subcapitalización, y

¹¹⁶ Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana sentencia emitida, en el juicio de impugnación que siguió la Empresa Schlumberger Surenc S. A. Sucursal Ecuador, contra el Director General del Servicio de Rentas Internas, de fecha 27 de julio del 2010, causa signada con el numero No. 226-2009, Voto Salvado, Dr. Gustavo Durango Vela:

“...TERCERO ... la Administración Tributaria "supone" que la Empresa prestamista debió registrar la provisión de fondos como aumento de capital y no como préstamo, pero jamás demostró tales hechos. Que la simulación constituye un ilícito y para atribuirse a alguien debe ser probada, que en el juicio no consta ninguna prueba, mientras que la "economía de opción" adoptada por la Empresa se halla plenamente probada. Que la sentencia ha reconocido que la naturaleza jurídica de las estipulaciones contractuales están

como se refiere a los beneficios económicos, que son un atractivo, para que las empresas realicen este tipo de actos, que propenden a simular o encubrir las relaciones comerciales. En el primer capítulo, en la parte relativa a la teoría sobre los elementos de la subcapitalización; identifique al beneficio como elemento importante y trascendental en el origen de la subcapitalización, al respecto dice Ricardo E. Riveiro, “El incremento del endeudamiento origina la deducción de los intereses afectando el balance impositivo, que no sería posible, si la inversión fuera realizada con aumento de capital social. El propósito en muchos casos, es exclusivamente fiscal.”¹¹⁷, es decir el beneficio resultante, se traduce a beneficio fiscal, y para empresas vinculadas, este hecho es un atractivo, para que siga llevándose acabo. Nuestra norma y proceder en el Ecuador, lo que propende es evitar que existan estos beneficios que malogren la competencia desleal en el mercado y además resulten en beneficios que terminen perjudicando al Estado.

Algo muy interesante en los considerandos del Voto Salvado de la sentencia en análisis, encontramos la referencia a la economía de opción, al

amparadas en normas constitucionales que permiten la libre contratación, derecho que no puede ser desconocido por el SRI a pretexto de realizar una interpretación económica de la realidad jurídica existente entre las partes, que el criterio de realidad económica ya ha sido ampliamente superado por la legislación contemporánea y sobre todo por los principios constitucionales de reserva de ley, capacidad económica y no confiscación; que los créditos externos obtenidos fueron reales, comprobados por el propio SRI en el proceso de determinación, lo que se vio reflejado en el incremento de la operación y por ende en sus ingresos, que permitió una mayor imposición tributaria, que la Administración justifica su proceder calificando al préstamo como un acto de simulación, pero sin que lo haya probado.

CUARTO.- ... cuando el legislador quiso imponer restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior lo hizo, y en consecuencia en el 2001, si la única condición era que el préstamo esté registrado en el Banco Central, es porque no quiso imponer otra condición o requerimiento previo, y por eso la ley no lo señaló, mucho menos podría haberlo hecho el Servicio de Rentas Internas a pretexto de realizar una interpretación de la "realidad económica" prevista en el art. 17 del Código Orgánico Tributario, pues de aceptarse su alegación, se daría el absurdo que en el ejercicio 2010 sean deducibles los pagos por intereses por créditos entre empresas vinculadas que no sobrepasen el 300% de su patrimonio, condición fijada en la ley de 31 de julio del 2009, y para el 2001 no se admita la deducción por la aplicación que pretende hacer la Administración Pública Tributaria....”

¹¹⁷ Ricardo E. Riveiro, *Manual de Pprecios de transferencia en Argentina*, Buenos Aires, Fedye fondo Editorial, 2007, p. 441.

respecto dice: "... Que la simulación constituye un ilícito tributario {...} en el juicio no consta ninguna prueba, mientras que la economía de opción adoptada por la empresa se halla plenamente probada"¹¹⁸ la economía de opción según Yolanda Yupanqui es: "... nadie está obligado a elegir el camino mas gravoso, para el pago de sus impuestos, dada la necesaria libertad para elegir la forma jurídica mas conveniente para el cumplimiento de sus fines económicos que se persiguen,..."¹¹⁹. Como vemos, otra de las aseveraciones en el Ecuador, es la economía de opción, a mi criterio es un buen ejemplo de cómo considerar a la subcapitalización de empresas, a pesar de que me mantengo en la elusión tributaria como lo explico en el capítulo II del presente trabajo, pero por ser un estudio introductorio y que intenta abarcar lo más posible a efectos de conseguir en un futuro, desglosar temas de interés y debate, es importante destacar estos argumentos que podrían degenerar en un estudio a posterior sobre la subcapitalización, tanto a nivel nacional como internacional; cabe patentizar que el presente trabajo, lo que intenta realizar es una introducción controlada sobre el tema materia de la investigación, pero ya un estudio más a fondo aconsejaría pudiere desprenderse del presente trabajo.

En este análisis a la sentencia, vemos que antes de expedirse las normas existía un fallo emitido por la Corte Nacional, que sentaba un antecedente, pero a partir de las reformas a la ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador, el tema de

¹¹⁸ Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana sentencia emitida, en el juicio de impugnación que siguió la Empresa Schlumberger Surencó S. A. Sucursal Ecuador, contra el Director General del Servicio de Rentas Internas, de fecha 27 de julio del 2010, causa signada con el número No. 226-2009, Voto salvado, Gustavo Durango Vela, p. 4.

¹¹⁹ (Y. Yupanqui, "Posibilidad De evitar la Elusión Tributaria y Figuras Relacionadas." memorias de las XXIV jornadas Latinoamericanas de derechos Tributario, p. 354, 355)

la subcapitalización está legislado, tanto lo referente a las partes relacionadas, a los precios de transferencia, y los mínimos que serán deducibles sobre los créditos externos (antes eran deducibles solo los registrados en el Banco Central, hoy existe limite para que sean exentos caso contrarios los excesos estarán sujetos a gravamen). Por lo que podemos ver, nuestras normas guardan estrecha relación con las normas y modelos internacionales y con la política tributaria internacional, además maneja un mismo principio como el de plena concurrencia lo que nos permite decir que en el Ecuador existe materia legislada sobre el tema de la subcapitalización.

Como hemos podido ver en el transcurso de la tesis, los préstamos han sido la parte medular en cuanto al tema investigado de la subcapitalización, pero quiero hacer referencia a una sentencia extranjera, en la cual demuestra que no solo mediante préstamos podemos encontrarnos con la subcapitalización, si no también existen otras modalidades, y es una de ellas la que vamos a analizar a continuación.

En la sentencia de Argentina, emitida por la Corte Suprema de Justicia, de Buenos Aires 1973, entre *Parke Davis y Cia S.A*¹²⁰.; encontramos una forma de subcapitalización distinta a la analizada, es precisamente mediante la figura de la regalía y no los préstamos, lo que configura la subcapitalización. Voy a analizar cada uno de los elementos encontrados en la sentencia y vamos con ellos a

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) FECHA: 1973/07/31 Parke Davis y Cía., S.A. Opinión del Procurador General de la Nación. El recurso ordinario de apelación interpuesto es procedente con arreglo a lo dispuesto por el art. 24. inc. 6o, apart. a) del decreto ley 1285/58, sustituido por la ley 17.116. Buenos Aires, julio 31 de 1973. Constante en Anexo 1.

configurar la existencia de una subcapitalización, conforme la describimos en el capítulo primero del trabajo.

3.1 LAS REGALÍAS

Primero es importante saber qué son las regalías, voy a acudir a lo que establece el Modelo OCDE con respecto a lo que debe entenderse por regalía, y dice:

“...significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.”¹²¹

Las regalías o conocidas también como *Royalties*, engloban también la transferencia de tecnologías y la prestación de informaciones, lo que muy comúnmente se lo conoce como el *Know how*, correspondiente a la experiencia adquirida por parte de la empresa, a través del tiempo o ya sea las marcas que han ganado figura y posicionamiento a nivel mundial o local.

Una vez que he realizado una introspección en el concepto de regalía, veamos como ella puede usarse para realizar una subcapitalización conforme a lo que venimos diciendo con respecto a los préstamos y los intereses.

En las regalías existe un pago de una empresa a la otra por el uso ya sea de los derechos de autor, de marca, o derechos científicos, o mejor dicho por las regalías; con lo que, la empresa contratante o beneficiaria de estos derechos,

¹²¹ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) artículo 12 numeral 2.

realizará los abonos al pago establecido en el contrato, y la empresa dueña de la regalía recibirá el importe por los derechos de su propiedad; al realizar estas transacciones la compañía que contrató podrá deducir los valores pagados por conceptos de regalía para el giro de su negocio; como vemos aquí existe un beneficio, y además una transacción parecida a un préstamo, con lo que configura una subcapitalización; veamos ahora el problema, si estas dos compañías son del mismo grupo o vinculadas.

Como vimos, esto provocaría un beneficio encubierto para las dos empresas, por un lado una deducción que provoca disminución de la imposición y por otro, un beneficio al momento de competir con empresas similares.

Podemos traducir que en la sentencia de la Corte Suprema argentina, se establece la existencia de dos roles por parte de la empresa, ya que es al mismo tiempo acreedor y deudor, precisamente por la vinculación que entre ellas existe; y dice: "...si los intereses de los que concurren al acto no son opuestos sino concurrentes o paralelos"¹²² Lo que evidencia la existencia del beneficio encubierto, a efectos de aplacar esta situación, existe en los Modelos Internacionales el principio de *arm's length* o de plena concurrencia, que lo que priorizan, es una competencia acorde con el mercado, es decir que esa regalía no la hubiera pagado un tercero independiente, ya que se puede deducir que en ella existe un incremento del valor a efecto de realizar un aporte de capital encubierto a la empresa y obviamente resultar en un beneficio de por medio.

¹²² Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) FECHA: 1973/07/31 Parke Davis y Cía., S.A. Opinión del Procurador General de la Nación. El recurso ordinario de apelación interpuesto es procedente con arreglo a lo dispuesto por el art. 24. inc. 6o, apart. a) del decreto ley 1285/58, sustituido por la ley 17.116. Buenos Aires, julio 31 de 1973, constante en Anexo 1.

3.2. LA VINCULACIÓN

En el trascurso de la tesis, un elemento y el más importante es la existencia de la vinculación y para que ella se dé, es necesario que concurren ciertos elementos como son: Que las empresas contratantes en las que en alguna de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración o en el control o capital de la otra, es decir exista partes relacionadas, o cualquiera que sea su modalidad, o como las citadas en el presente trabajo y modelos internacionales como ONU y OCDE, que regulan el sistema de partes relacionadas.

Todos estos concepto son la columna vertebral de las negociaciones internacionales tanto en lo referente a los intereses como a dividendos y regalías, ya que como vemos, son las que tienden a realizar negocios vinculantes y que pretenden resultar en beneficio en base a intereses del grupo empresarial.

3.3. EL ENDEUDAMIENTO

Como podemos ver existe también el endeudamiento en la figura de la Regalía, y es precisamente el precio establecido entre las empresas y el que podría ocasionar un precio, que no se justifique o no acorde con el mercado, para esclarecer el tema veamos lo que establece el modelo OCDE al respecto:

“Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o por las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de las regalías, habida cuenta del uso, derecho o información por los que se pagan, exceda del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las

disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.”¹²³

El principio de *arm's length*, como lo establecí en la primera parte, pretende regular los actos y situaciones entre las partes vinculadas como si ellas se realizaran con terceros independientes, evitando de esta manera los beneficios encubiertos que pretendan conseguir y funciona realizando ajustes en base a los precios del mercado, a efectos de que los excesos o disconformidades de los precios, tengan un tratamiento tributario distinto, evitando la evasión, elusión y fraude a la ley, “Una opinión extrema entiende que este principio permite a las autoridades la recategorización de cualquier operación orientada a un planteamiento impositivo a fin de obtener una ventaja positiva”¹²⁴ así entendido por la doctrina internacional y que opta por una de las figuras con mayor incidencia en los negocios internacionales, a manera de regulador, como principio fundamental en lo que respecta a evitar la doble imposición y la evasión fiscal.

La sentencia aludida no trata acerca del tema de paraísos fiscales, mas bien, es entre grupo de empresas relacionadas y del mismo grupo empresarial, pero de ser el caso, es decir referente a un paraíso fiscal, se aplicaría la misma situación ajustando los valores y cobrando por los beneficio pretendidos por las partes intervinientes en el contrato.

¹²³ Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el patrimonio, versión abreviada, 22 julio 2010, Instituto de Asuntos Fiscales Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) artículo 12 numeral 4.

¹²⁴ Gabriel Gotlib y Fernando Vaquero, *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina*, Buenos Aires, la Ley, 2009, p. 291.

3.4. VALORACION DEL ANÁLISIS ENTRE LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA Y LA ARGENTINA.

Lo que determina la sentencia en mención, es que, a pesar de que el negocio internacional o la transacción de las regalías, aparenta una autonomía jurídica, no lo es, ya que existe precios o valores superiores a los del mercado, lo que va en contra del principio ya mencionado, y además está realizado entre partes vinculadas, lo que demuestra la existencia de un beneficio encubierto y unos interés que sobrepasa los valores normales, por ello podemos considerarlo como un aporte de capital entre las empresas del mismo grupo.

Como hemos visto, existen aquí todos los elementos, vinculación, mismo grupo empresarial, beneficios encubiertos, intereses y pagos realizados que promueven el beneficio, y obviamente el aumento de capital, traducido de la manera en como funcionaron las empresas involucradas.

En resumen, la subcapitalización de empresas no solo puede realizarse mediante los préstamos, que podríamos decir que es una de las modalidades más genéricas que hemos encontrado, sino también a través de figuras distintas a los préstamos e intereses como son las regalías y otras, que al momento de calificarla como tal (subcapitalización), se debe tomar en cuenta, cuales son los elementos planteados en el presente trabajo académico y compararlos a efectos de determinar si nos encontramos frente a una subcapitalización de empresas o conocida también como capitalización encubierta o *thin capitalization*.

CONCLUSIONES

1) CONFORME ME PLANTEE COMO OBJETIVO, EN EL ECUADOR LA SUBCAPITALIZACIÓN CUMPLE CON LOS PARÁMETROS INTERNACIONALES Y ESTÁ REGULADA.

Como conclusión, podemos decir, que la figura de la subcapitalización está regulada bajo normas tendientes a reducir el impacto en el beneficio resultante, que provocaría la aplicación de esta figura, tanto es así que nuestra norma establece límites al endeudamiento externo, además de registro, y en caso de que el endeudamiento supere los límites, no serán éstos deducibles, además hemos podido ver que en la sentencia traída a investigación en este trabajo, existía ya un antecedente jurídico anterior a la nueva normativa, que trae como nueva la regulación de la subcapitalización; ciertamente vale hacer hincapié, que el Ecuador mantiene convenios bilaterales firmados con algunos países, manteniendo como base el modelo de convenio OCDE, en donde se regula el principio de plena concurrencia, que resultaría en el Ecuador como principio internacional aceptable.

En el Ecuador, los intereses al momento de perder el hecho de ser deducibles, me refiero a la proporción que excede del límite, logra mermar el beneficio resultante de la aplicación de la figura de la subcapitalización, además la normativa ecuatoriana es clara en base a lo que establece, respecto de las partes relacionadas y su incidencia en los negocios, pudimos ver además que existe en nuestra normativa inmerso el principio internacional de *arm's length* o plena concurrencia.

Así como en el Ecuador, a nivel internacional, tanto la OCDE como otros organismos entre ellos Naciones Unidas ONU, en sus modelos a seguir de los convenios para evitar la doble imposición, tratan sobre el principio de plena concurrencia o *arm's length*; y este servirá como mecanismo adecuado para combatir la elusión fiscal y con ello la subcapitalización, o infra capitalización, además de ello, hace referencia a los paraísos fiscales que como vimos son países en donde existe baja o ningún tipo de tributación, así se explica en los comentarios al modelo OCDE; el beneficio resultante que se lograría al aplicar la figura estudiada, y como el modelo la regula a efectos de dejar sin resultado el beneficio, en base a negociaciones entre partes vinculadas, requiriendo que se realicen en base a valores de mercado, evitando de esta manera que los mismos grupos empresariales o vinculados utilicen figuras que aparentan ser jurídicas pero que a la final conllevan a capitalizar la empresa o traducido como aporte de capital.

2) CONFORME MI OBJETIVO, SE ESTUDIÓ A LA SUBCAPITALIZACIÓN, EN TODOS SUS ASPECTOS, NATURALEZA, TEORÍA, CLASES, ELEMENTOS, MÉTODOS, Y PRINCIPIOS REGULADORES; PERMITIENDO TENER UNA CONCEPCIÓN AMPLIA SOBRE EL TEMA.

Mi tesis trata de abordar mucha de la teoría acerca de la subcapitalización de empresas, orientando a conocer primero cual es su conceptualización; sus elementos a efectos de poder reconocer esta figura, además de cuales son sus modalidades, clases, características y principios reguladores que lograrían enfrentarla.

He realizado comparaciones con lo que es una aportación de capital propio *versus* el capital ajeno, cual sería su incidencia, y todo esto con el objeto de establecer con mayor claridad la figura estudiada, para que los estudiantes que tomen el presente trabajo, lo hagan como un verdadero referente, sin olvidar los detalles que caracteriza a la subcapitalización.

En el análisis he traído a colación las normas en el Ecuador, que regulan tanto las partes relacionadas, los precios de transferencia y las características que debe tener un préstamo con el exterior para su deducibilidad; normativa suficiente a mi parecer al momento de contrarrestar los resultados de la aplicación de la subcapitalización; vale destacar además que la sentencia consultada, permitió fundamentar mi teoría de los elementos, que abarca el estudio de la figura en toda su amplitud, cabe considerar que la sentencia trataba de normativa mucho anterior a las normas que actualmente regulan la figura, y de ninguna manera como autor, he dado mi criterio a favor o en contra de la sentencia investigada; resultando como material de estudio que me ha permitido consagrar la figura ya estudiada.

3) LA TESIS BRINDA UN APORTE CON LA IDENTIFICACIÓN DE ELEMENTOS DISTINTIVOS DE LA SUBCAPITALIZACIÓN.

El presente trabajo en base a los estudios realizados, plantea una nueva teoría acerca de los elementos de la figura de la subcapitalización, manteniendo y brindando una justificación, de por qué el autor ha considerado tomarlos en cuenta, a efectos de que a partir de este estudio, sirva como referente a posteriores investigaciones sobre el tema planteado. Este es y ha sido el objeto principal que ha motivado el análisis que he presentado.

4) LA SUBCAPITALIZACIÓN NO SOLO SE CONFIGURA CON LOS PRÉSTAMOS.

En la investigación además se demostró, que no solo la figura de los préstamos y los intereses, son los determinantes al momento de aplicar la figura o reconocer a la subcapitalización, por ello, no he visto indispensable establecer como elemento fundamental, ni el préstamo ni los intereses; consecuentemente he lanzado a la palestra, el elemento de la existencia de un pago, ya que como vimos en la realización del trabajo se determinó, que esta figura la podemos encontrar en otras figuras jurídicas como son las regalías y dividendos, y que a nivel internacional, los modelos de convenio tanto OCDE como ONU, mantienen un esquema de regulación de los precios de transferencia de estas figuras, en donde podemos encontrar que podría suceder la figura de la subcapitalización.

La conclusión primordial del presente trabajo, es precisamente que el planteamiento de los nuevos elementos, nos permitirá a *posteriori* realizar investigaciones, además que se ha marcado una base estructural que nos permitirá en el futuro, realizar nuevos trabajos así como plantear nuevas hipótesis sobre el tema.

5) SE PUDO ENCONTRAR VARIOS CALIFICATIVOS QUE PUEDEN CARACTERIZAR A LA SUBCAPITALIZACIÓN: ELUSIÓN, EVASIÓN, SIMULACIÓN, FRAUDE A LA LEY.

En el estudio abrimos la puerta a un debate, que podría enfocar los estudios venideros, ésta problemática es el hecho de plantear a la subcapitalización, como una figura elusiva, evasiva, simulación, o fraude a la Ley; como autor, me permití dar mi criterio al respecto, pero no ahondé en el asunto, ya que no fue parte del

trabajo principal, pero se deja sentado el precedente que existe una problemática susceptible de análisis, y abierto al debate, además que nos servirá para llegar a catalogar de mejor manera a la figura materia del planteamiento aquí expuesto.

Como he venido reiterando en los anteriores párrafos, éste estudio nos lleva a ampliar la generación de discusión respecto al tema investigado, da pautas a seguir, nos guía en base a la teoría planteada, nos brinda nuevos elementos, nuevas problemáticas, comparaciones técnicas, y visión de la tendencia internacional y los principios, trabajo que abarcó todos y cada uno de estos temas; y hoy permite tener un referente a efectos de estudios posteriores.

BIBLIOGRAFIA

- Andrade, Leonardo, *El Ilícito Tributario*, Quito Ecuador, 2011
- Barbetti, Nilda Noemí, *La subcapitalización*, mar de plata, 2001.
- Belisario Villegas, Héctor, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 9ª edición, Ciudad de Buenos Aires.
- Budasoff, Romina, *Elusión Evasión y uso de los Paraísos Fiscales en el Comercio Electrónico*, Buenos Aires, Argentina, delta editora, 1997
- Byrne, Peter, *Los convenios Internacionales para evitar la doble Tributación*, Instituto colombiano de Derecho Tributario.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 1979
- Calderón Carrero, La Incidencia de la Globalización en la Configuración del Ordenamiento Tributario del siglo XXI, Derecho Tributario, I Congreso Internacional de Derecho Tributario, Lima 2008.
- Codificación del Código Civil, Codificación 10, R.O. Suplemento 46, del 24 de junio del 2005.
- Constitución de la Republica del Ecuador 2008, R.O. 449 del 20 de Octubre del 2008.
- Corte Suprema de Justicia, Argentina, Buenos Aires 1973
- Cosin Ochaita, Rafael, *Medidas unilaterales Españolas para evitar la doble imposición*, Manual de Fiscalidad Internacional, Madrid, Revista ampliada, 2 edición, 2004.
- Damarco, Jorge Héctor, *La Elusión Fiscal y los Medios para evitarla*, XXI jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Edición

Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas- Venezuela, 2008.

- Durango Vela, Gustavo, *Recurso No. 226-2009, Voto Salvado*, Conjuez Permanente, 2010.
- García Novoa, César, *XXI jornadas latinoamericanas de derecho tributario*, Edición Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas- Venezuela, 2008.
- Goldemberg, Cecilia, *Manual de precios de Transferencia en Argentina*, Buenos aires, Fondo Editorial, la Ley 2007.
- Gotlib Gabriel – Vaquero Fernando, *Aspectos internacionales de la Tributación Argentina*, Buenos aires, 2009
- Gutiérrez Lousa Manuel – Cordón Ezquerro Teodoro, *la subcapitalización tratamiento jurídico tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, Manual de Fiscalidad Internacional, Madrid, Revista ampliada, 2 edición, 2004.
- Ley de Compañías Ecuador R.O. 312 del 5 de noviembre de 1999.
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno reforma ley para la equidad Tributaria, artículo 4.1, R.O. Suplemento, 242, de 29 de diciembre del año 2007.
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, R.O. suplemento 463 del 17 de noviembre del 2004.
- Lozano Rodríguez, Eleonora, *Fundamentos de la Tributación*, Bogotá, Editorial Temis, 2008.
- Manosalva Afanador, Lucio Enrique, XIX jornadas latinoamericanas de derecho tributario 1998, instituto Colombiano de derecho Tributario, pag. 59

- Manya Orellana, Marlon Vicente , *La subcapitalización como practica Elusiva de Impuestos y su control por parte de las Administraciones Tributarias*, Revista Administración Tributaria, 2010.
- Manya Orellana, Marlon, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, Edición 1, 2009
- Martín Jiménez, Adolfo, *La Fiscalidad de los Servicios Técnicos internacionales, asistencia técnica en los Convenios para la Eliminación de la doble Imposición*, Derecho Tributario, I Congreso Internacional de Derecho Tributario, Lima 2008.
- Martín Oviedo, José María, *Problemas Fiscales de la Empresa*, Madrid, 1976
- Modelo de convenio OCDE, 22 julio 2010
- Montaña Galarza, César, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2006.
- Montestruque Rosas, Karina, *Aspectos Fiscales de la Subcapitalización de Sociedades y su Regulación en el Perú*.
- Orozco Cadena, José, *Contabilidad General*, Emanuel Editores, 1997.
- página web:
http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/Revision_RubioGuerrero.Pdf. Pdf. 1997
- Paolantonio, Martín Esteban, *Operaciones Financieras Internacionales*, Buenos Aires, Rubizal editores.
- Paz y Miño Cevallos, Mario, *Casos y Alegatos Societario*, Quito, universidad central del Ecuador.
- Pérez Arraiz, Javier, *La Elusión en el Ámbito Tributario Interno*, XXI jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Edición Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas- Venezuela, 2008.

- Pérez Ayala, José Luis, *El marco Fiscal de la subcapitalización de empresas*, XIX Jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Lisboa 1998.
- Pérez de Ayala, José Luis, *El marco Fiscal de la Subcapitalización de Empresas*, XIX Jornadas Latino – Americanas de Derecho Tributario
- Ramírez Romero, Carlos, *Manual de Practica Societaria*, segunda Edición, Loja Ecuador, 2002.
- Riveiro, Ricardo, *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, Fedye fondo Editorial, buenos Aires 2007.
- Rosembuj, Tulio, *Fiscalidad Internacional, subcapitalización*, Instituto de Fiscalidad Internacional y Marcial Pons, 1998.
- Rubio Guerrero Juan Jose, *Principios Básicos de la Fiscalidad Internacional y la Doble Imposición internacional*; Manual de Fiscalidad Internacional, Madrid, Revista ampliada, 2 edición, 2004.
- Salto Suglieri, Jorge, *La subcapitalización: la necesidad de una reforma legal*, Agencia Estatal de Administración Tributaria, 2010
- Sentencia Corte Nacional de Justicia Recurso No. 226 – 2009, 27 de julio del 2010.
- Trapé Viladomat, Monserrat, *El régimen fiscal de los precios de transferencia*, Manual de Fiscalidad Internacional, Madrid, Revista ampliada, 2 edición, 2004.
- Vega Borrego, Félix Alberto, *La Norma Tributaria en Matéria de Subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario*, Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria 2002.
- Villanueva Gutierrez, Walker, *Conflictos de Calificación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición*, Derecho Tributario, I Congreso Internacional de Derecho Tributario, Lima 2008.

- Xavier, Alberto, *Derecho Tributario Internacional*, Buenos Aires, editorial Abaco de Rodolfo Depalma. 1997
- Yupanqui, Yolanda, *Posibilidad de Evitar la Elusión Tributaria y figuras relacionadas*, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario Edición Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas- Venezuela, 2008 .