

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

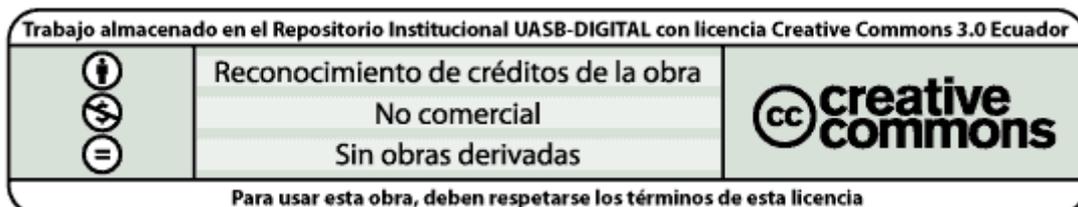
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Derecho Tributario

**La subcapitalización y el contrato de mutuo: tensiones entre la  
legalidad y la sustancia versus la forma**

Autora: Ana Cristina Vivanco Eguiguren

**2015**



## CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Ana Cristina Vivanco Eguiguren, autora de la tesis intitulada “La subcapitalización y el contrato de mutuo: tensiones entre la legalidad y la sustancia versus la forma”, mediante el presente documento de 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 del título de Magíster en 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 Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 30 de abril de 2015

Firma: .....

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención: Derecho Tributario

“La subcapitalización y el contrato de mutuo: tensiones entre la legalidad y la sustancia  
versus la forma.”

Autora: Ab. Ana Cristina Vivanco Eguiguren

Tutor: Dr. César Montaña Galarza

Quito

2015

## **Resumen**

Partiendo de la premisa que en nuestra legislación existe la subcapitalización como figura ilícita y la infracapitalización como figura lícita; la presente investigación se centra en establecer si mediante la suscripción de un contrato de mutuo entre partes relaciones se incurre automáticamente en una subcapitalización ilícita, tal como lo establece la normativa ecuatoriana, o si por el contrario, se configura una infracapitalización o subcapitalización lícita, partiendo del hecho que la prestamista cuenta con capacidad de endeudamiento y cumple con la obligación de pago como crédito subordinado que nace de la relación contractual, sin simulación.

Con la finalidad de obtener la respuesta adecuada a la interrogante que planteo en este trabajo, se explicará el contenido doctrinario, jurídico y casuístico de la tema planteado con la finalidad de establecer si la existe una subcapitalización lícita descrita y permitida por la normativa ecuatoriana y paralelamente, se determinará cuál es la conducta adoptada por las autoridades en los casos planteados.

## **Agradecimientos**

Mis más sinceros agradecimientos al Dr. César Montaña Galarza, por su incondicional apoyo en el desarrollo del presente trabajo y por compartir su sabiduría para encaminar la presente investigación.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
1. CAPITULO 1.- Problemática jurídica en torno a la subcapitalización y al contrato de préstamo o mutuo.....	9
1.1. Contrato de mutuo: concepto, naturaleza y elementos centrales del contrato de mutuo.....	10
1.2. La subcapitalización; análisis de las dos tendencias doctrinarias relevantes.....	17
1.3. Legalidad en materia tributaria: supuestos de subcapitalización.....	23
1.3.1. Actividad reglada de la administración.....	24
1.3.2. Principios de legalidad y de reserva de ley en el campo tributario.....	25
1.3.2.1. Principio de legalidad en materia tributaria respecto a la subcapitalización.....	31
1.3.2.2. Principio de reserva de ley en materia de subcapitalización.....	32
1.4. Sustancia versus forma en el campo tributario: apreciación de las operaciones tomando en cuenta lo que dispone la ley.....	32
1.4.1. Principio de realidad económica.....	35
1.4.1.1 Principio de realidad económica como instrumento para entender el efecto económico de una norma jurídica.....	37
2. CAPITULO 2.- Análisis jurídico y comparado de la subcapitalización frente a los préstamos lícitos entre partes relacionadas en el régimen tributario ecuatoriano; revisión de partes relacionadas, préstamos lícitos, y deducibilidad de préstamos.....	42
2.1. Regulación de la subcapitalización en la Ley de Régimen Tributario Interno.....	45
2.2. La subcapitalización desde la perspectiva contemplada en el Modelo de Convenio para evitar doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) versión No. 19, publicada el 07 de noviembre de 2013.....	52
2.3. Regulación en del contrato de mutuo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	61
2.4. Análisis de la sustancia versus la forma desde la perspectiva del artículo 17 del Código Orgánico Tributario.....	63
3. CAPITULO 3.- Análisis de casos desde la perspectiva planteada en la presente tesis.....	67
3.1. Breves antecedentes y problemática de los casos seleccionados.....	68
3.2. Análisis comparativo de los casos desde diversos puntos temáticos relevantes y reiterativos.....	73
3.2.1. Constatación del hecho generador o de la sustancia sobre la forma de la operación.....	73
3.2.2. Existencia y validez del contrato de mutuo.....	77
3.2.3. Capacidad de endeudamiento.....	79
3.2.4. Análisis financiero de la empresa.....	80
3.2.5. Pago de intereses y capital.....	82
3.2.6. Cumplimiento de otras obligaciones que establece la ley.....	84
3.2.7. Deducibilidad de Intereses.....	85
3.2.8. Resolución adoptada por la Sala.....	90
3.3. Valoración de los casos analizados.....	90
3.4. Perspectivas jurídicas entorno a las tensiones y debilidades que presenta la subcapitalización.....	98
4. CONCLUSIONES.....	101
5. BIBLIOGRAFÍA.....	107

## I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la discusión referente a la subcapitalización es evidentemente un problema real por la inseguridad jurídica existente, es notoriamente relevante por los últimos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, y considero que es importante su estudio para viabilizar una posible solución al problema.

Es trascendente el estudio del tema planteado por que destaca la polémica actual de la subcapitalización, tanto en términos jurídicos como judiciales. En la práctica, existen normas claras que no prohíben la financiación entre partes relacionadas, entonces, por qué existen pronunciamientos de la Administración Tributaria que contrarían esta disposición.

Para desarrollar la interrogante anterior, en este trabajo introduciremos a la discusión al contrato de mutuo para determinar si a través de la suscripción de éste, entre partes relaciones, puede incurrirse en los fenómenos de la subcapitalización lícita prevista por la ley; siempre que la prestamista cuente con capacidad de endeudamiento y cumpla con la obligación de pago como crédito subordinado que nace de la relación contractual sin simulación.

No obstante, el problema radica cuando en la actualidad, a pesar que la ley no prohíbe los préstamos entre partes relacionadas, se ha usado este mecanismo como un sistema de simulación para evitar el pago de impuestos y adicionalmente incrementar el monto de los gastos deducibles.

Pero qué ocurre con los contribuyentes que, sin infringir la ley optan por financiarse a través de partes relacionadas y cumplen con la obligación de pago al acreedor tal como un crédito subordinado que nace de la relación contractual entre la prestamista y la prestataria; podría la Autoridad Tributaria desconocer la legalidad de esta operación y rechazarla con fundamento en que es una subcapitalización ilícita.

Para resolver la interrogante anterior, he desglosado el análisis en tres capítulos; en el capítulo uno realizaré una aproximación a la doctrina, para determinar la problemática jurídica en torno a la subcapitalización y al contrato de préstamo o mutuo. En el segundo capítulo analizaré la normativa respecto de la subcapitalización y las disposiciones referentes a los préstamos lícitos entre partes relacionadas en el régimen tributario ecuatoriano. En el capítulo tercero revisaré casos emblemáticos que han sido seleccionados de acuerdo a su trascendencia, con la finalidad de verificar si la doctrina y normativa analizada es aplicada en la práctica, de no ser así, analizaremos el proceder de los Juzgadores en el caso concreto. Finalmente, delimitaré los retos tanto de la Administración Tributaria, como de los Jugadores respecto de la subcapitalización.

## **1. CAPITULO 1.- Problemática jurídica en torno a la subcapitalización y al contrato de préstamo o mutuo.**

La problemática en torno a la subcapitalización y al contrato de préstamo o mutuo tiene relevancia cuando una operación de préstamo lícita es erróneamente catalogada como una de subcapitalización, con fundamento en que se han prescindido de los elementos legales de la misma y así, se entiende automática e inconsultamente a la operación descrita como una conducta ilegal. En este capítulo explicaré mi anterior aseveración, no obstante, quisiera aclarar dos puntos referentes al contrato de mutuo y a la subcapitalización.

En lo que respecta al contrato de mutuo, entendemos que éste hace referencia a un acto lícito contemplado en la ley. No obstante, el caso de la subcapitalización no corre la misma suerte respecto a la claridad y certeza que emana el primero; existen dos corrientes doctrinarias al respecto. La primera corriente doctrinaria considera que la subcapitalización es la consecuencia de una conducta elusiva e ilegítima; mientras que la segunda corriente entiende supuestos de subcapitalización lícitos y otros supuestos ilícitos. Los supuestos ilícitos ya fueron explicados, no obstante, en cuanto a la subcapitalización como una conducta lícita (también conocida en el mundo societario como una infracapitalización), esta corriente reconoce la existencia de operaciones de subcapitalización en las cuales el contribuyente actúa de manera ceñida a la ley puesto que cumple con los supuestos lícitos de un préstamo estipulados por la normativa.

En mi criterio, existe un balance entre el contrato de mutuo y la segunda corriente doctrinaria que enmarca la existencia de conductas de subcapitalización lícitas e ilícitas, doctrina en la cual me inclinaré para la realización del presente trabajo. Considero pertinente el inclinarme hacia esta doctrina puesto que, como ya lo mencioné, es un

punto medio o un balance que contempla la posibilidad de una conducta ilícita y también una conducta lícita de subcapitalización; lo anterior es posible estudiando los supuestos de hecho de cada caso y adecuándolos a la norma, que, conforme lo veremos, contempla los dos escenarios, tanto el lícito como el ilícito.

### **1.1. Contrato de mutuo: concepto, naturaleza y elementos centrales del contrato de mutuo.**

Entender el concepto, naturaleza y elementos del contrato de mutuo, para efecto del presente trabajo, es de real importancia. La esencia de este instrumento jurídico nos permitirá descifrar los supuestos de subcapitalización lícita, que para muchos son inexistentes.

En cuanto al concepto del contrato de mutuo, empecemos con una descripción neutral y genérica, así: el mutuo es un “contrato en el que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.<sup>1</sup> Entendido el mutuo de manera general, la doctrina ha hecho una importante diferenciación en torno al mutuo civil y al mutuo comercial. El mutuo comercial tiene que ser celebrado entre dos comerciantes y/o entre un civil prestamista y un prestatario comerciante; mientras que el mutuo civil es todo préstamo de dinero a interés celebrado entre dos personas que no tengan la calidad de comerciantes<sup>2</sup>. Entonces, cuál es la importancia en la distinción del mutuo comercial con el mutuo civil; parecería que es exigua tomando en cuenta la simultánea regulación civil y

---

<sup>1</sup> Tamara Escobar Geywitz, *Nociones de Derecho para la Planeación Fiscal*, (Chile: Editorial Magril Limitada, 2012), 138.

<sup>2</sup> Jorge Gómez Moreno, *El préstamo de Dinero a Interés a Título de Mutuo Comercial*, (Colombia: Editorial Jorge Plazas S., 1976), 20.

mercantil del contrato de mutuo, no obstante, desde cierto punto la diferenciación es válida.

Por ejemplo, en el Derecho Romano la palabra mutuo deriva de las enseñanzas de Gayo y Paulo cuando postulaban que el mutuo es llamado así porque “los que te es dado por mi, de mío, se vuelve tuyo (*ex meo-tuum*)”.<sup>3</sup> De esta misma corriente del derecho se deriva la diferenciación del “mutuo civil” y del “mutuo comercial o bancario” de forma que el primero era gratuito y el segundo oneroso.

Para Carames tiene vital importancia esta diferenciación en el caso colombiano, puesto que en el supuesto del mutuo comercial, la usura no es aplicable. En el caso ecuatoriano la normativa no hace distinción entre el mutuo comercial o civil para la aplicación del concepto de la usura.

Una corriente doctrinaria diferente, con la cual concuerdo, atenúa la importancia de la distinción entre el mutuo civil y el mutuo comercial; establece que existe una problemática en la calificación del tipo de mutuo, ya que ésta atiende a un momento *ex post* y, consecuentemente, al momento de la celebración del contrato de mutuo o préstamo se ignora cuál será el destino de las cosas prestadas<sup>4</sup>. En fin, el hecho es que el contrato de mutuo, ya sea civil o comercial, hace referencia a la entrega de una cosa (dinero), el mismo que deberá ser restituido con intereses.

---

<sup>3</sup> José Carames Ferro, *Curso de Derecho Romano*, (Argentina; Editorial Perrot, 9na Edición), 250.

<sup>4</sup> David Morán Bovio, *El Contrato de Préstamo Mercantil*, (España; Editorial Ariel S.A., 2006), 411.

Para efecto de esta tesis, definiremos tanto el mutuo comercial como el mutuo civil con la finalidad de abarcar los dos escenarios y así entender su relación con la subcapitalización, aunque como lo veremos más adelante, el mutuo comercial tendrá incidencia directa con nuestro tema.

Gómez Moreno, quien principalmente ha establecido la brecha entre el contrato de mutuo civil con el mutuo comercial, establece que el mutuo civil es un préstamo de dinero en el cual está viciado de antemano el consentimiento por la angustia, el apremio físico y moral; y ésta sancionado por la usura, la rebaja, la pérdida de los intereses por parte del prestamista o mutuante. Por lo general coincido con esta apreciación, no obstante, en lo que se refiere al mutuo civil estoy parcialmente en desacuerdo. A pesar de que concuerdo con el hecho que los mutuos civiles corren cierto riesgo por la usura y el cobro de intereses, no considero acertado diferenciar estos dos tipos de mutuo por el ánimo con el que se celebran, en este caso “angustia, apremio físico y moral” conforme lo establecido por el autor recientemente citado.

Otro sector más convencional de la doctrina cataloga al mutuo civil como el contrato por medio del cual una parte entrega a la otra una cantidad de cosas que ésta última está autorizada a consumir devolviéndola en el tiempo convenido, igual a la cantidad de cosas de la misma especie y cantidad.<sup>5</sup> Coincido con la definición anterior de mutuo civil, sin embargo, considero pertinente agregar a la definición el concepto de los intereses para dar importancia al poder adquisitivo, conforme lo explicaré más adelante.

---

<sup>5</sup> Carlos Gilberto Villegas, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, (Argentina; Editorial I.S.B.N., 2005), 269.

Adicionalmente, el mutuo comercial entraña una operación de asociación de capital a una determinada actividad comercial y/o empresarial. Para Gómez Moreno existen dos eventos en los cuales puede existir un mutuo comercial: el primer evento tiene lugar cuando “se adquiere y suscribe acciones en sociedades de capital, cuando se aporta capital y/o se toma parte directa o indirecta de la dirección y administración de la compañía; todo lo cual implica una directa participación en el patrimonio económico de la empresa o compañía”; el segundo evento tiene lugar cuando “se aporta o suministra capital en préstamo o mutuo comercial”.<sup>6</sup> Este autor explica que en el primer evento se valora el patrimonio de la empresa para entender un beneficio o utilidad proporcional al capital o interés social vinculado o asociado; mientras que en el segundo evento se puede obtener como retribución una determinada participación razonablemente equitativa y proporcional al rendimiento de la actividad comercial y empresarial a la cual se vincule o asocie el capital prestado, porcentaje o tasa de intereses igualmente proporcional.<sup>7</sup> Estos dos eventos planteados por Gómez Moreno llaman mi atención. Como se verá en el punto 1.2 del presente capítulo, estas definiciones tienen estrecha relación con la operatividad de la subcapitalización; tanto que creería que el autor hace plena referencia a los supuestos de subcapitalización en las líneas anteriores, o por lo menos entiende los efectos del mutuo comercial con perfecta claridad. En este estudio se entenderá al mutuo comercial como el segundo evento, el mismo que tiene estrecha relación con un escenario lícito de subcapitalización.

Otro sector de la doctrina señala dos clases de préstamo comercial. Primero, atendiendo a la simplicidad o complejidad el contrato de mutuo comercial se clasifica

---

<sup>6</sup> Jorge Gómez Moreno, *El préstamo de Dinero a Interés a Título de Mutuo Comercial*, (Colombia; Editorial Jorge Plazas S., 1976), 19.

<sup>7</sup> Jorge Gómez Moreno, *El préstamo de Dinero a Interés a Título de Mutuo Comercial*, (Colombia; Editorial Jorge Plazas S., 1976), 19.

en ordinario y en especial, dentro de los cuales los especiales se componen de garantías para obligar al prestatario a devolver el dinero prestado. Por otra parte, atendiendo a la naturaleza de los bienes prestados, existen tres tipos de mutuo: el de dinero, el de cosas muebles fungibles y, el de títulos valor.<sup>8</sup> No obstante, aquí solo me referiré al mutuo de dinero.

Hay una discusión importante que Morán Bovio ha planteado respecto del mutuo de dinero con la cual estoy de acuerdo. La problemática en torno al dinero surge cuando se analiza el poder adquisitivo, frente a lo cual este autor establece:

“El préstamo de dinero plantea el problema de las consecuencias que tiene la alteración del poder adquisitivo de la moneda sobre la obligación de restitución del prestatario, (...) por un lado el prestamista aspirará a que se le reintegre una cantidad de idéntico poder adquisitivo a la que el entregó, (...) y por otro lado, el prestatario querrá devolver una cantidad igual a la recibida con independencia de su valor actual.”

Me parece una apreciación bastante interesante y, a la par, viene a mi cabeza la idea de los intereses. Es decir, concuerdo con el hecho de que el poder adquisitivo del dinero prestado no es equivalente al poder adquisitivo del dinero devuelto tiempo después, no obstante, considero que la figura de los intereses podría llegar a equiparar o balancear el poder adquisitivo del dinero que el prestatario devuelve al prestamista.

El mutuo, cuya naturaleza es la de un contrato real, se perfecciona con la entrega de la cosa y, es unilateral en el sentido de que una sola parte se obliga, el mutuario. El objeto del mutuo radica sobre cosas fungibles.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> David Morán Bovio, *El Contrato de Préstamo Mercantil*, (España; Editorial Ariel S.A., 2006), 412.

<sup>9</sup> *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*, Consejo Editorial, (No. 46: Caracas, 2001).

En el Derecho Romano el mutuo tenía los siguientes caracteres: real, ya que requería para su perfeccionamiento la entrega de la cosa; no formal, ya que no exigía ninguna formalidad fuera de la entrega de la cosa fuera de mutuo; unilateral, porque generaba obligaciones solo a cargo del mutuuario; y de derecho estricto, puesto que el juez debía ajustarse en su interpretación a lo que resultaba la letra del contrato.<sup>10</sup>

Vemos que esta última característica se ha perdido con el tiempo, o por lo menos es implícitamente considerada por las diversas corrientes doctrinarias. No obstante, llama mi atención que en el Derecho Romano hayan coexistido como características del mutuo la de “derecho estricto” y la de un “contrato no formal”, que por su esencia se contraponen. El Derecho Romano agrega a las características del contrato de mutuo tres condiciones para su cumplimiento: la transferencia de la propiedad, que el contrato tenga como objeto cosas que se aprecien por su número, que el mutuuario se obligara a restituir una cantidad igual de cosas del mismo género.<sup>11</sup>

En la misma línea de la doctrina anterior, Carlos Villegas establece que las características del mutuo son que la cosa debe ser entregada al mutuuario, que se trate de cosas consumibles o fungibles, pero además admite el hecho de que el mutuo puede ser gratuito u oneroso.<sup>12</sup>

Escobar Geywitz establece que un contrato de mutuo es gratuito cuando se ha celebrado respecto de cosas fungibles; y por el contrario, el mutuo de dinero es oneroso

---

<sup>10</sup> Carames Ferro, *Curso de Derecho Romano*, 250.

<sup>11</sup> Carames Ferro, *Curso de Derecho Romano*, 250.

<sup>12</sup> Carlos Gilberto Villegas, *Contratos Mercantiles y Bancarios*, (Argentina; Editorial I.S.B.N., 2005), 268.

por excelencia.<sup>13</sup> Finalmente, un punto interesante analizado por este mismo autor, y que considero de suma importancia para este estudio, es el hecho de que todo contrato de mutuo de dinero debe ser pagado con intereses. Según ella el interés puede ser convencional, acordado por las partes o, corriente, es decir, el cobrado por los bancos de acuerdo a la regulación de cada país.

Conforme a lo explicado anteriormente, vemos que el contrato de mutuo es un contrato lícito de acuerdo a la normativa ecuatoriana y, que versa respecto de cosas fungibles, como el dinero, elemento pertinente para el estudio que ahora realizamos.

Adicionalmente, si nos enfocamos al estudio de la subcapitalización y si adecuamos esta figura al caso concreto, tenemos que el contrato de mutuo o préstamo es un contrato real (cosa fungible - dinero), unilateral (se obliga al pago o devolución del dinero prestado únicamente el mutuario, o sea, la empresa que solicita el dinero a otra empresa) y, oneroso (no es un contrato gratuito, la empresa solicitante del dinero tiene que devolverlo con los intereses pactados). Entonces, podemos establecer que, de forma genérica, cualquier contrato de mutuo firmado entre dos sociedades o empresas, por medio del cual se pacte el préstamo de dinero como cosa fungible y, sea oneroso, es decir que requiera ser pagado o devuelto el dinero prestado, inclusive con intereses; constituye un contrato lícito y perfectamente viable a luces de la normativa civil.

Ahora es preciso comprender, en la normativa tributaria, la relación del contrato de mutuo con la subcapitalización, entendidos las dos instituciones jurídicas como

---

<sup>13</sup> Tamara Escobar Geywitz, *Nociones de Derecho para la Planeación Fiscal*, (Chile: Editorial Magril Limitada, 202), 138.

conductas similares y lícitas y, adicionalmente, diferenciar estas conductas de una subcapitalización ilícita. En el siguiente punto analizo este asunto.

## **1.2. La subcapitalización; análisis de las dos tendencias doctrinarias relevantes.**

Se entiende que una empresa está “subcapitalizada” cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios con la cifra de los recursos ajenos. No obstante, lo anterior no es sinónimo de una conducta ilícita. Para efecto del presente trabajo, entendemos el término “subcapitalización” como el estado de la estructura financiera interna de una compañía que, por su puesto, puede considerarse de manera lícita o ilícita. Consecuentemente, una empresa puede estar subcapitalizada con estricto apego a la ley o, también de manera ilegal; entraremos a analizar la diferencia entre estas dos opciones.

Dicho esto, referimos que existen dos corrientes doctrinarias, por un lado, las que consideran que todo escenario de subcapitalización es ilícito y, las que entienden que existen estructuras financieras legales de subcapitalización, así como otras que son ilícitas. La primera corriente considera que desde el punto de vista tributario, debe entenderse a la subcapitalización en términos más restrictivos, pues un endeudamiento desproporcionado en la empresa, que se realice con sujetos con los que la entidad financiada se encuentre vinculada, excediendo su capacidad de crédito, puede conllevar a deducir en el impuesto a la renta sobre sociedades los intereses derivados del préstamo, así como evitar el gravamen sobre los dividendos; generándose así un claro escenario de elusión fiscal. La misma inclinación doctrinaria establece que el fenómeno

de la subcapitalización provoca que las relaciones que se dan entre grupos de empresas formen un encubrimiento de aportación de capital para obtener una ventaja fiscal, originada en la supuesta financiación con recursos ajenos. Pienso que existe un sesgo en esta tesis doctrinaria. Las normas generales del derecho, así como los métodos de interpretación del mismo, nos impulsan a hacer una apreciación general y global de la normativa antes de ceñirnos a analizar etimológicamente la hipótesis y las consecuencias. Entonces, si la realidad de una empresa se orienta a la necesidad de financiamiento para el cumplimiento de metas o del objeto social, me parece valioso que ésta pueda celebrar un contrato de mutuo mercantil con una parte relacionada (en lugar de realizarlo con un tercero), cumpliéndose todos los requisitos que establezca la ley, sin que esto sea considerado necesariamente una subcapitalización ilícita; es decir, una simulación de una real aportación de capital. Y finalmente, si como consecuencia de esta operación la empresa obtiene beneficios de orden tributario; entiendo esta operación como lícita para efectos fiscales.

Empero, dentro de esta misma propuesta doctrinaria se considera a la subcapitalización como una forma de financiación que utilizan las empresas de un mismo grupo económico, con la finalidad de encubrir o distorsionar la aportación real de capital dentro de la estructura de la participación patrimonial. Los socios son los que aportando el capital obtienen como beneficio societario por su aporte las utilidades si la empresa obtiene resultados positivos. El capital debe considerarse en diferentes formas; por un lado, el capital suscrito, es decir, el desembolsado y el pendiente de desembolso, y por otro lado, el capital de las aportaciones de los socios no formalizadas como capital,

como serían las primas de emisión de acciones y las aportaciones para compensar pérdidas.<sup>14</sup>

Para la segunda corriente doctrinaria, a la cual me adhiero, la subcapitalización simplemente se proyecta como cualquier desproporción conmensurable o constatable entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado legal o estatutariamente y *el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se desprograme para llevar a efecto el objeto social*.<sup>15</sup> Entonces, conforme al criterio de Cordón, una empresa puede estar subcapitalizada cuando por la necesidad de financiamiento, acude a un préstamo con una parte relacionada y, se desprograma su capital con la finalidad de cumplir metas o su objeto social; esta finalidad puede llevarse a cabo puesto que cuenta con el financiamiento externo que pudo haber sido proporcionado tanto por un banco, como por una parte relacionada.

Entonces, la subcapitalización lícita, entendida también como “infracapitalización” es introducida por la rama del derecho mercantil como una figura lícita. La doctrina reconoce a la infracapitalización como “cualquier desproporción conmensurable -o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social”<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Andrea Amatucci, *Tratado de Derecho Tributario*, (Bogotá: Editorial Temis, 2001).

<sup>15</sup> Teodoro Cordón Exquerro, *La Subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, en *Manuel de Fiscalidad Internacional*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 303.

<sup>16</sup> Publicado en ADC, 1983, págs. 1597 y sigs. La definición de infracapitalización propuesta por PAZ-ARES es adoptada en su literalidad por BAYONA GIMENEZ, R., “Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en las sociedades anónimas”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1996, págs. 178 y 201; con un planteamiento conceptual similar adoptando como elemento definidor la cifra de capital social, vid. LLEBOT MAJO, J. O., “La geometría del capital social”, en RDM, 1999, pág. 77, definiendo la infracapitalización con estos términos: “el fenómeno consistente en que los socios fijan un capital social que dotará a la sociedad con un patrimonio manifiestamente insuficiente para el desarrollo del objeto social”.

En palabras de Rafael Guasch, la situación de infracapitalización se manifiesta en todos aquellos supuestos donde se evidencie una desproporción conmensurable entre la cifra del capital de responsabilidad fijado estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa de acuerdo con el objeto social programado<sup>17</sup>.

El autor citado explica que dos de los elementos principales de la ingracapitalización es la insuficiencia del capital propio o de los recursos propios para cubrir la totalidad de permanentes exigencias financieras de una sociedad en el desarrollo de su actividad empresarial por un lado, y por otro, la capacidad de crédito de la sociedad en el mercado de crédito.

Una de las precisiones planteada por los doctrinarios que analizan a la infracapitalización es el hecho que la ciencia económico-contable ha sido incapaz de determinar *a priori* cuál debe ser la magnitud cuantitativa del capital propio o de los recursos propios necesarios para que una sociedad desarrolle su objeto social<sup>18</sup>; no obstante, han podido verificar que cuanto mayor es el apalancamiento financiero de una empresa -relación deuda-recursos propios (“heavily leveraged”)- mayor podrá ser la

---

<sup>17</sup> Rafael Guasch Martorell, *La Doctrina de la Infracapitalización: Aproximación Conceptual a la Infracapitalización de las Sociedades*.

<sup>18</sup> Portale, G., “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, cit., pág. 24, señala “allo stato, neppure la scienza contabile e in grado di risolvere attendibilmente il problema del giusto rapporto tra gli strumenti di finanziamento (mezzi propri e mezzi di terzi)”; de modo más concluyente se expresan TANTINI, G., “Capitale e Patrimonio nella società per azioni”, cit., págs. 60-61, y SCHLESINGER, P., “Statuto dell’impresa: problemi relativi al finanziamento”, cit., págs. 525 y sigs. mostrando su disconformidad con la hipótesis consistente en concretar mediante disposición legal la relación cuantitativa fija que debería existir entre los recursos ajenos y los recursos propios; para ROTH, G., “Unterkapitalisierung und persönliche Haftung”, cit., pág. 208, la cantidad necesaria de recursos propios no es determinable teóricamente siendo valorada en cada caso por los profesionales del crédito.

rentabilidad que los socios obtengan de los recursos propios y asimismo mayor será el riesgo de la actividad empresarial<sup>19</sup>.

De lo anterior podemos establecer que la infracapitalización es una figura lícita originaria del derecho mercantil que proporciona la medida en la cual una empresa desproporciona conmensurablemente la cifra del capital fijado en estatutos para el efectivo cumplimiento del objeto social planteado.

Comparto el criterio de Calvo Salinero, quien claramente distingue a la subcapitalización lícita de la ilícita; considera que la subcapitalización lícita aparece cuando un grupo de sociedades optan por financiarse a través del endeudamiento con otras sociedades del grupo, lo cual da como resultado que los intereses que retribuyen el empréstito se integren como gasto deducible en la contabilidad del prestatario, siendo precisamente la deducibilidad de estos intereses el principal resultado fiscal.<sup>20</sup> En cuanto a la subcapitalización ilícita dice que ésta existe siempre que se configura un perjuicio para el fisco, cuando la proporción entre los fondos propios y aquellos provenientes del endeudamiento entre sociedades del grupo, rebase la proporción considerada normal en condiciones de mercado.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Robert W. Hamilton, *Fundamentals of Modern Business*, Editorial Little Brown, 1989, págs. 67-68, según Hamilton: “Leverage is a two-edged sword. By increasing the number of dollars “working” for the developer, the rate of return on the dollars he or she actually invests may be greatly increased. So long as the per dollar return from the venture exceeds the interest costs, it appears to be sensible to borrow. On the other hand, these assertions take no account of the possibility that the developer may miscalculate and the per dollar return may be less than the interest cost. If this occurs, the leveraged transaction may be a disaster for the investor because the fixed interest cost must still be met in any event”. Por otra parte, adoptando la metodología propia del análisis económico del derecho, la dificultad estribaría no tanto en señalar una teórica situación de equilibrio financiero, sino en establecer la relación óptima de los recursos propios y los recursos ajenos, entendida esta relación como el intento de maximizar el beneficio esperado sin que ello comporte un incremento del riesgo desproporcionado, vid., BISBAL, J., “La empresa en crisis y el derecho de quiebras (*Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas*)”, Bolonia, 1986, págs. 317 y sigs.

<sup>20</sup> Rafael Calvo Salinero, *La Subcapitalización de Sociedades frente al Derecho Comunitario, en XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*, (Lisboa: ILADT – AFP, 1998), 263.

<sup>21</sup> Calvo Salinero, *La Subcapitalización de Sociedades frente al Derecho Comunitario, en XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*, 263.

En esta misma línea, la subcapitalización o *Thin capitalization* consiste en que las empresas multinacionales financian parte de sus filiales en el extranjero no solo con su participación en el capital, sino concediéndoles préstamos desde la matriz u otras empresas asociadas, de tal manera que los intereses pagados son deducibles, con la consecuente rebaja en la base imponible y, por ende, ocurre un beneficio de índole tributario.

Para concluir, entendemos que existe subcapitalización lícita cuando una empresa requiere un préstamo o mutuo y acude a una parte relacionada, entonces usa la figura de un mutuo comercial, como fue analizado en el punto anterior y, como consecuencia de esto, logra que los intereses del préstamo se integren en la base imponible del receptor (prestatario) como gasto deducible. Así, se obtiene no solo el financiamiento requerido, sino también un beneficio fiscal. Cuando se usa esta figura de manera fraudulenta aparentando un préstamo inexistente, o cuando existiendo el préstamo se acuerdan entre partes relacionadas intereses elevados como forma útil de adelantar utilidades y no se cumplen los supuestos que establece la ley, como lo veremos en el siguiente capítulo, existe una subcapitalización ilícita.

Dicho esto, ¿qué ocurre cuando una empresa sí tiene la necesidad de financiamiento y decide acudir a una parte relacionada en lugar de a una entidad financiera?. Asimismo, ¿Qué ocurre cuando esta empresa sí cuenta con capacidad de crédito o endeudamiento, cumple con la obligación de pago e intereses con su parte relacionada, en virtud de un préstamo lícito?. ¿Se consideraría a esta conducta como una

subcapitalización contraria a la ley? considero que la respuesta es negativa, por lo que fundamento mi criterio en los argumentos que propondré en los puntos siguientes.

### **1.3. Legalidad en materia tributaria: supuestos de subcapitalización.**

Es criterio unificado tanto en la doctrina nacional como en la internacional la existencia del sentido positivo de la legalidad así como también del sentido negativo.

Cito el criterio de César Montaña Galarza, quien de manera clara y acertada hace un acercamiento al criterio de legalidad positiva en materia tributaria y establece lo siguiente:

“La legalidad no es solo un principio sino que, también, y antes que eso, constituye un valor del Estado Constitucional de Derecho, que para el campo tributario busca asegurar bajo reglas jurídicas claras la participación democrática en el proceso de imposición, o en el establecimiento de las vías de reparto de la carga que comportan los gravámenes (*no taxation without representation*)”<sup>22</sup>.

En cambio, la legalidad en sentido negativo, llega a postular la ausencia de discrecionalidad por parte de la administración en el momento de aplicar el tributo establecido por la ley,<sup>23</sup> especialmente en el caso de los impuestos. Para entender el contexto global de la legalidad en materia tributaria, desglosaré el análisis en tres subtemas: la actividad reglada de la administración, el principio de legalidad y, el principio de reserva de ley, todo con relación a las regulaciones sobre la temática que esta tesis aborda.

---

<sup>22</sup>César Montaña Galarza, “El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Revista de Derecho FORO*, (Quito; Editorial Ecuador, 2011), 55.

<sup>23</sup>Eusebio González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, (España; Universidad de Salamanca, 1989), 400.

### **1.3.1. Actividad reglada de la administración.**

De conformidad con José Vicente Troya Jaramillo, los actos reglados son aquéllos expedidos en aplicación de las normas. Estos actos administrativos tributarios son emitidos en el ejercicio de la actividad reglada, a pesar que en contadas ocasiones aparece la discrecionalidad.<sup>24</sup>

Creo importante analizar la actividad reglada de la administración tributaria ya que, como veremos en los acápites siguientes, la Autoridad Tributaria, en materia de subcapitalización, usualmente prescinde de este proceder y actúa de manera discrecional con el único fin de sancionar a los contribuyentes que mantienen préstamos con partes relacionadas, sin importar que su conducta esté adecuada la norma.

Es de común acuerdo entre la doctrina internacional y la doctrina nacional, el hecho de que el ejercicio de aplicación de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y, así se permite aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado.<sup>25</sup>

Existe un criterio interesante sobre el asunto, recogido en un fallo de la jurisprudencia ecuatoriana, en éste se establece que en la actualidad no se admite la existencia de actos discrecionales, criterio que sí era aceptado por la antigua concepción doctrinaria; sino que existen algunos elementos del acto administrativo que pueden ser discrecionales. No obstante, esta clase de actos han de ser originados únicamente en la

---

<sup>24</sup> José Vicente Troya, *Derecho Formal Administrativo Tributario*, (Quito; Material de Clase), 11.

<sup>25</sup> Véase Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, (España; Editorial Civitas, 1997), 446. Véase También Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, (Ecuador; Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007), 110.

ley; y la ley, al darles origen determina a los mismos cuatro elementos reglados: 1) la existencia misma de la potestad, 2) su extensión, 3) la competencia que se refiere a un órgano determinado y no a cualquiera, y 4) el fin, por que todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica.<sup>26</sup>

Al respecto, entendemos que las facultades discrecionales son una exigencia de todo gobierno humano.<sup>27</sup> Es decir, es cierto que es necesario que la autoridad tenga un margen de actuación libre frente a diversas circunstancias que la realidad plantea, pero no es menos cierto que esa discrecionalidad no puede ir más allá de lo regulado por la ley; son ciertos y limitados los elementos de un acto administrativo los que pueden ser discrecionales. Lo anterior nos lleva a entender que por el respeto a los derechos y a la seguridad jurídica, la actividad de la administración tributaria debe ser y es reglada.

Partiendo de este punto, en el capítulo siguiente aplicaré el análisis efectuado respecto de la actividad reglada de la administración, esto para entender cuándo existe un escenario de subcapitalización ilícita y, por el contrario, cuando se estaría frente a un contrato lícito de mutuo entre dos empresas vinculadas, de acuerdo a lo descrito en la norma. Para efecto de lo anterior, primero analizaré el principio de legalidad y el principio de reserva de ley; luego de lo cual podremos desarrollar la discusión acerca de la sustancia versus la forma.

### **1.3.2. Principios de legalidad y de reserva de ley en el campo tributario.**

Es preciso, en primer lugar, traer a colación la importancia y utilidad de

---

<sup>26</sup> Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2966. (Véase considerando Tercero).

<sup>27</sup> Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, (Ecuador; Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007), 124.

diferenciar el principio de legalidad del principio de reserva de ley. El principio de legalidad implica la definición constitucional sobre quién y de qué manera se ha de ejercer el poder normativo tributario; mientras que el principio de reserva de ley, como exigencia derivada de la Constitución o de la ley, es un instrumento que exige que en la ley se incorporen las principales normas jurídicas tributarias.<sup>28</sup> Explico lo anterior a continuación.

En materia tributaria, el principio de legalidad contempla el hecho de que los tributos se han de originar en la ley, como expresión de la voluntad soberana. Entonces, este principio está relacionado con el estudio de las reglas formales para el establecimiento de los tributos.<sup>29</sup> Con este principio se entiende que los tributos deben ser establecidos por los órganos legislativos correspondientes conforme determinan la Constitución y las leyes. El principio de legalidad comprende la aceptación de la imposición por parte de los representantes del pueblo para lograr el respeto de la propiedad privada y garantizar la libertad de los ciudadanos.<sup>30</sup>

La doctrina generalmente confunde el principio de legalidad con el principio de reserva de ley; en tal caso, concuerdo con el criterio de César Montaña Galarza anteriormente citado, mediante el cual hace énfasis en el hecho que estos dos principios deben ser diferenciados. Por ejemplo, cierto sector de la doctrina mexicana considera que el principio de legalidad en materia tributaria “se ha enunciado tradicionalmente

---

<sup>28</sup> Véase César Montaña Galarza, “El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Revista de Derecho FORO*, (Quito; Editorial Ecuador, 2011), 53, 61.

<sup>29</sup> Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, (Colombia; Temis, 2000), 611.

<sup>30</sup> Véase César Montaña Galarza, “El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Revista de Derecho FORO*, (Quito; Editorial Ecuador, 2011), 54.. Véase también José Vicente Troya Jaramillo, *Taxation and Human Rights*, (Inédito; Róterdam, 2000).

mediante el aforismo *nulum tributum sine lege* que significa no hay tributo sin ley”.<sup>31</sup> No obstante, como lo veremos más adelante dentro de este mismo análisis, este aforismo representa el contexto del principio de reserva de ley y, no del principio de legalidad.

Continuando con el análisis del principio de legalidad, decimos que éste está respetado siempre que: a) el tributo sea creado por un acto que tenga la característica de ley materia, siempre que el órgano que lo dicte, haga uso de la competencia otorgada por la Constitución; b) el presupuesto de la obligación sea el acaecimiento de un hecho imponible descrito en la norma. c) que la norma tenga los caracteres típicos y esenciales de la ley en sentido material; es decir un mandamiento de carácter general, abstracto, coercible, dictado unilateralmente por el Estado y provisto de sanciones para el caso del incumplimiento.<sup>32</sup>

Visto lo anterior, entendemos que en cumplimiento del principio de legalidad<sup>33</sup> no es necesario que el legislador primario configure todos los elementos que originan las correspondientes prestaciones de los ciudadanos, por el contrario, basta que la ley determine los elementos esenciales del tributo gozando de la facultad de delegar al poder ejecutivo la regulación de los elementos restantes.

En el ámbito administrativo, la legalidad administrativa o preeminencia de ley,

---

<sup>31</sup> María del Consuelo Villalobos Ortiz, *El principio de legalidad en materia tributaria a la luz del Derecho Constitucional Mexicano*, (México; Universidad Autónoma de México, 1989), 465.

<sup>32</sup> Saccone, Mario Augusto, *Manual de Derecho Tributario*, (Argentina; Editorial La Ley, 2nda Edición, 2005), 60.

<sup>33</sup> Véase Eusebio González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, (España; Universidad de Salamanca, 1989), 434.

es unánimemente considerada en la doctrina, como una conquista del Estado de Derecho que exige la conformidad de la administración en todas sus actuaciones a la ley y, diremos también, en un contexto constitucional, que todas las actuaciones de la administración tampoco vulnere la supremacía de la norma fundamental.

En doctrina nacional también se ha corroborado el punto anterior, en el sentido que todos los actos de la autoridad pública deben ajustarse estrictamente a lo que señala la ley, por lo que, no pueden ir más allá de lo que ella dispone. Nuestro texto constitucional no solo que recoge este principio, sino que también marca diferencia expresa entre la actuación pública y la privada. En la actuación pública se puede hacer solo lo que la ley permite, mientras que en la actuación privada se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe.<sup>34</sup> No obstante, lo anterior ha sido cuestionado por la doctrina neoconstitucionalista; por consiguiente, se debe entender que “toda limitación de la libertad ha de justificarse racionalmente, no en cualquier idea particular acerca de lo virtuoso o de lo justo sino precisamente en la mejor preservación de los derechos”<sup>35</sup>.

La doctrina nacional<sup>36</sup> hace una precisión con la cual concuerdo; establece que el principio de legalidad en la actualidad debe verse con mayor amplitud, ya que el administrador público y la función administrativa no solo han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino también a la juridicidad de sus actos. Lo anterior significa que las autoridades administrativas deben considerar el derecho en su conjunto con la finalidad de cumplir con el principio de responsabilidad administrativa. Veremos

---

<sup>34</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 5.

<sup>35</sup> Luis Pietro Sanchís, *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*, (España; Editorial Trotta S.A., 2003), 16.

<sup>36</sup> Véase Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 8.

en el punto 1.3.2.1 de este trabajo, cómo aterriza este concepto en la realidad de la subcapitalización y cómo se aplica en el Ecuador.

Para terminar con el tratamiento del principio de legalidad tributaria, es preciso señalar que cuando despliega su eficacia sobre las fuentes del Derecho, se entrelaza con más propiedad con el principio de reserva de ley; porque en realidad su función principal consiste en poner un límite a la potestad normativa del Estado, al acotar un determinado ámbito de la realidad social en exclusiva a la ley, en el presente caso, sería la realidad tributaria.<sup>37</sup>

En cuanto al principio de reserva de ley, en palabras de Mario Augusto Saccone, la obligación de pagar un tributo reconoce como única fuente a la ley; de ahí que la doctrina ha destacado este aspecto convirtiéndolo en principio fundamental del derecho tributario. Lo anterior se ha sintetizado en el aforismo “no hay tributo sin ley que lo establezca”.<sup>38</sup>

Ahora bien, otro sector de la doctrina contribuye y completa la definición anterior estableciendo que el principio de reserva de ley también exige que en la ley que crea el tributo se definan todos los elementos fundamentales que sirven para individualizarlo, que son: sujeto activo, sujeto pasivo y hecho imponible del tributo, de lo contrario no sería precisa la regulación de los conceptos como por ejemplo la base

---

<sup>37</sup> Eusebio González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, (España; Universidad de Salamanca, 1989), 402.

<sup>38</sup> Saccone, Mario Augusto, *Manual de Derecho Tributario*, (Argentina; Editorial La Ley, 2nda Edición, 2005), 63.

imponible y las tarifas.<sup>39</sup> Nuestro Código Orgánico Tributario, a través del art. 4, estaría en consonancia con esta posición doctrinaria.

El principio de reserva de ley surge como consecuencia de lo anterior; el poder tributario originario está reservado al Estado, éste es el único ente público con facultad propia para crear un tributo (Saccone, P. 63). Entonces, con este principio la ley solo puede afectar la esfera de la propiedad y de la libertad de cada individuo.<sup>40</sup>

Un importante sector de la doctrina ha coincidido en el hecho que el principio de reserva de ley en materia tributaria tiene dos modalidades:<sup>41</sup> **a)** La modalidad de reserva del acto regulatorio primario que consiste en que se exige la ley, no para regular en su totalidad los elementos fundamentales del tributo, sino para crearlo; y **b)** el principio de reserva de ley propiamente dicho para regular toda una materia determinada. Dentro de esta modalidad a su vez se distinguen dos categorías; la reserva de ley absoluta y la reserva de ley relativa. En cuando a la primera, ésta responde cuando se produce un supuesto en el cual la totalidad de la materia deba ser exclusivamente regulada por la ley; mientras que la segunda hace alusión a la exigencia de la presencia de ley tan solo a efectos de determinar los elementos fundamentales o entidad de la prestación establecida.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Eusebio González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, (España; Universidad de Salamanca, 1989), 403.

<sup>40</sup> César Montaña Galarza, “El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Revista de Derecho FORO*, (Quito; Editorial Ecuador, 2011), 54.

<sup>41</sup> Véase Saccone, *Ibidem*, P. 63. Véase también Eusebio González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, (España; Universidad de Salamanca, 1989), 40e.

<sup>42</sup> Véase Eusebio González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, (España; Universidad de Salamanca, 1989), 402.

Finalmente, es menester que tanto la competencia para crear el tributo así como los elementos básicos de éste se cumplan para el cabal acatamiento del principio de legalidad y, con el de reserva de ley, que como explicamos no son ni implican lo mismo.

### **1.3.2.1. Principio de legalidad en materia tributaria respecto a la subcapitalización.**

La doctrina reconoce que este principio, en la práctica, funciona en dos dispositivos: 1) nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley; 2) sin perjuicio de otras garantías aseguradas al contribuyente, es vedado al Estado y/o a la administración tributaria, exigir o aumentar tributos sin la existencia de una ley que lo establezca<sup>43</sup>. Estas dos acepciones del principio de legalidad cobran real importancia en la práctica; detengámonos al análisis para entender el por qué.

En el caso que nos ocupa, el de determinar los supuestos en los cuales la subcapitalización es lícita o ilícita, plasmemos el primer dispositivo que es pertinente en el caso concreto: “nadie está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley”. Si una empresa decide financiarse a través de una parte relacionada bajo la figura de un contrato de mutuo comercial contemplado en la ley, está actuado legalmente y en virtud de la ley. Entonces entendemos que existe un supuesto lícito de subcapitalización en función de lo estipulado en la ley, desarrollaremos este concepto con mayor profundidad en el capítulo segundo.

---

<sup>43</sup> Ricardo Lobo Torres, *Legalidad tributaria y armonía entre poderes del Estado*, (Argentina; Editorial Arco de Rodolfo Depalma, 1998), 243-244.

### **1.3.2.2. Principio de reserva de ley en materia de subcapitalización.**

Como ya fue explicado, el principio de reserva de ley no puede ser absoluto, ya que el derecho tributario hace alusión a cláusulas generales y conceptos indeterminados, es decir, la ley formal no puede abarcar todo concepto, por lo que necesita una complementación del poder reglamentario de la administración. No obstante, por medio de la ley se crea el tributo, en concreto el impuesto y sus elementos esenciales; y en virtud de lo anterior, la administración tributaria no puede ir más allá de esa creación.

Aterrizando en el caso de la subcapitalización, entendemos que la actuación de la administración debe ceñirse al estricto cumplimiento de la ley y del principio de reserva de ley. Si existen supuestos contemplados en la ley por medio de los cuales una empresa puede acudir a un préstamo lícito entre partes relacionadas, la administración tributaria no puede catalogar a esta conducta como ilícita y, con ese proceder inmotivado sancionar a la empresa. Retomaré también este tema en el capítulo segundo.

### **1.4. Sustancia versus forma en el campo tributario: apreciación de las operaciones tomando en cuenta lo que dispone la ley.**

La doctrina citada cobra importancia y se relaciona con el tema de estudio puesto que en la práctica, el problema radica en las instancias tanto judiciales como administrativas, ya que al momento de apreciar las operaciones que constituyen o no una subcapitalización lícita o ilícita, la Administración Tributaria ha encontrado un mecanismo para obviar el contenido de la norma, la realidad económica, tema que lo explicaré en el siguiente punto.

Como consecuencia de lo anterior, hemos notado que en la práctica por lo general se encasilla, sin análisis profundo previo, a todo préstamo entre partes relacionadas como una operación de subcapitalización, ya sea que exista o no la capacidad de endeudamiento y pago; es decir, no solo que no se observan los supuestos que contempla la ley, sino que se usa el principio de sustancia versus forma para evitar el análisis normativo señalado y, así sancionar toda conducta que a criterio discrecional del juez constituya subcapitalización ilícita.

Entonces ¿pueden existir préstamos entre partes relacionadas sin que constituyan *per se* subcapitalización ilícita? Como ya fue explicado en este capítulo, desde la óptica tributaria, puede definirse a la subcapitalización atendiendo a la sustancia sobre la forma del hecho. Así “solamente cuando el endeudamiento es desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada y se excede la capacidad de crédito”,<sup>44</sup> estaríamos frente a un caso de subcapitalización ilícita.

Para mirar la sustancia sobre la forma, en la doctrina se explica que la subcapitalización lícita debe internalizarse a través de una negociación entre las partes (delimitación previa de los derechos de propiedad).<sup>45</sup> Con lo anterior, se explica el hecho de que las partes relacionadas pueden optar por un contrato mediante el cual se establezcan las condiciones del préstamo y las garantías adicionales;<sup>46</sup> constituyéndose así un típico contrato de mutuo lícito a luces del derecho ecuatoriano. Por consiguiente,

---

<sup>44</sup> 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, 2002) Crónica Tributaria N° 104.

<sup>45</sup> Teodoro Cordón Exquerro, *La Subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, en *Manuel de Fiscalidad Internacional*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 304.

<sup>46</sup> Teodoro Cordón Exquerro, *La Subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, en *Manuel de Fiscalidad Internacional*, 305.

lo que antecede me lleva a pensar que a pesar de considerarse al escenario anterior como un tipo de “subcapitalización interna o corregida”, en realidad lo que la doctrina hace es observar la sustancia de la conducta de dos empresas relacionadas frente a la forma adoptada y, llega a la conclusión de que existe un comportamiento lícito.

Frente a lo expuesto recientemente, si observamos la sustancia del comportamiento de dos empresas relacionadas que negocian un contrato de mutuo con la finalidad de acceder, una de ellas, a un préstamo otorgado por la otra y, con el particular que la prestataria cuenta con capacidad de endeudamiento y cumple con la obligación de pago como crédito subordinado que nace de la relación contractual; nos planteamos la siguiente interrogante: ¿constituye este préstamo entre partes relacionadas un escenario de subcapitalización lícita o infracapitalización societaria?

Respecto a esto último cito un importante extracto de la sentencia dictada en el caso Schlumberger:

“(…) En primer término es necesario dejar anotado que, el contrato de préstamo o mutuo (definido en el Art. 2099 del Código Civil) es una obligación común y corriente en el mundo del comercio, protegido por normas constitucionales y tratados internacionales que hablan del derecho a la libre contratación, por tanto para poder declarar que hubo simulación, la parte afectada (Administración Tributaria) *debió probar que tal convenio fue ficticio*, simulado o inexistente, por el contrario la parte actora no sólo que físicamente *ha prestando el documento en el que consta la convención* (fs. 3530 a 3537, 3559 a 3560 y 3565 a 3567), *sino que, oportunamente y cumpliendo las Regulaciones emitidas por el Banco Central del Ecuador, demostró que fueron debida y oportunamente inscritas y registradas. En si, tal negocio no sólo que no está impedido, sino que está previsto en la ley (...)*<sup>47</sup> (Las cursivas me pertenecen).

---

<sup>47</sup> Expediente 226, Registro Oficial Suplemento 368, 23 de Noviembre del 2012. No. 226-2009

De tal suerte que el problema surge cuando, a pesar de la existencia clara de un supuesto de hecho que se adecúa a la permisión clara plasmada en la norma (hipótesis que constituye subcapitalización lícita), la autoridad tributaria ignora estos supuestos así como el texto plasmado en la norma para otorgar una nueva interpretación de índole administrativa, con arreglo a la “realidad económica”, y resuelve que esta conducta lícita constituye una subcapitalización ilícita, distinta a la voluntad del legislador o *ratio legis*,<sup>48</sup> conducta que será analizada a continuación.

#### **1.4.1. Principio de realidad económica.**

El principio de realidad económica como instrumento para entender el efecto económico de una norma jurídica, de acuerdo a Carmen Simone, es un dogma mediante el cual se pone de relieve que las formas o ritualismos jurídicos no siempre reflejan la verdadera sustancia de las relaciones que están llamadas a regular. En definitiva, la autora establece que el principio de realidad económica tiene la noción de la prevalencia de la sustancia sobre la forma como un principio elemental de justicia en la conducta social<sup>49</sup>. Gotlib explica que el principio de realidad económica tiene diversas aplicaciones prácticas, entre ellas: 1) Para relacionar con la intención atribuida al legislador; 2) Para aplicar en beneficio del contribuyente; 3) Para reclasificar las relaciones entre empresas vinculadas; 4) Para determinar la naturaleza jurídica con prescindencia de la denominación dada por las partes; 5) Para esclarecer la

---

<sup>48</sup> La *ratio legis*, *razón de la ley*, o *razón legal*, es el fundamento que debe inspirar el contenido y alcance de las normas jurídicas que componen el Derecho positivo. Véase Agustín Rodríguez y Beatriz Galetta de Rodríguez, *Diccionario Latín Jurídico, Locuciones latinas de aplicación jurídica actual*, (Argentina; Ed. García Alonso, 1º Ed., 2008), 188.

<sup>49</sup> Carmen Simone Lasso, “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 298

transparencia entre actos de una sociedad y sus socios, 6) Para establecer la distinción entre deuda y capital.<sup>50</sup>

Si ponemos especial atención en los supuestos aplicables en materia tributaria (1-4), es posible determinar que de cualquier manera todos se remiten a la existencia de una categoría jurídica que sí está prevista en ley; no obstante, existen vacíos puesto que no se ha descifrado la intención del legislador, no se ha aplicado ésta en pro de los beneficios y derechos del contribuyente o, finalmente, no se ha determinado su naturaleza jurídica.

En otras palabras, las prácticas 1, 2, 3 y 4 tienen en común la existencia previa de una categoría jurídica prevista en la ley, que debe entenderse y aplicarse a través del principio de realidad económica, pero sin prescindencia de la mencionada norma que recoge la categoría jurídica. Por ejemplo, si la norma contempla tres supuestos en los que el contribuyente no genera una operación de subcapitalización, mal podría interpretarse que el contribuyente, cuya conducta se adecua a uno de los tres supuestos que no constituyen subcapitalización y que están descritos en la norma, está sujeto a una sanción por aplicación del principio de realidad económica. El ejemplo anterior es un claro caso de errónea aplicación del principio de realidad económica, puesto que se lo aplica prescindiendo del hecho jurídico descrito en la norma; aquí existe una evidente vulneración del principio de reserva de ley.

Simone, dentro del análisis del Recurso No. 143-2007 establece como conclusión la siguiente:

---

<sup>50</sup> Gabriel Gotlib, *Vicios y mitos de la interpretación tributario*, (Editorial Abaco, 2005), 278.

“(…) en este caso era indispensable acudir al principio de realidad económica para determinar el auténtico sustrato de la relación jurídica existente entre la Empresa actora y su proveedora, porque no estábamos ante un caso en el que el contribuyente hubiese denominado a un acto con una categoría jurídica equivocada ni de forma intencional, ni por error; sino ante un *supuesto en el que la realidad económica subyacente no se inscribía propiamente en ninguna de las categorías jurídicas previstas en la ley*”<sup>51</sup> (Las cursivas me pertenecen).

De los criterios citados últimamente, es posible establecer que el principio de realidad económica vulnera el principio de reserva de ley y, de legalidad en materia tributaria, cuando se aplica el concepto de realidad económica ignorando la existencia de una categoría jurídica y en prescindencia de la misma, las dos anteriores de manera concurrente.

#### **1.4.1.1 Principio de realidad económica como instrumento para entender el efecto económico de una norma jurídica.**

En primer lugar, Pablo Egas define la tarea de interpretar las normas de la siguiente manera: “Interpretar significa establecer el correcto sentido de una disposición. En materia tributaria, este entendimiento de la regla jurídica tiene que relacionarse generalmente con el accionar del contribuyente para el establecimiento de una obligación tributaria y la forma como debe ser satisfecha”.<sup>52</sup>

Si bien el objetivo del principio de realidad económica, como instrumento para entender el efecto económico de una norma jurídica, surge como una herramienta del juez para descubrir la verdad procesal por encima de las apariencias que se presentan y

---

<sup>51</sup> Carmen Simone Lasso, “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 311.305.

<sup>52</sup> Pablo Egas Reyes, “La Interpretación Tributaria”, *Revista Memorias*, (VI Jornadas de Derecho Tributario, Editorial Cuenca, 2005), P. 49.

de las formas jurídicas que se utilicen; no puede por consiguiente, este principio, conducir *per se* a prescindir totalmente de las formas adoptadas por las partes, ni a desvirtuar lo establecido en las normas que regulan una determinada relación tributaria, pues tal proceder afectaría tanto al principio de reserva de ley, como al de legalidad.<sup>53</sup>

El método de interpretación de acuerdo a la realidad o significado económico de las normas tributarias, fue introducido por Enno Becquer en el año de 1919, quien sostenía que debe aplicarse la especial naturaleza de las normas tributarias, indicando que éstas tienen un contenido económico y, por lo tanto, es necesario interpretarlas tomando en cuenta factores económicos que las afectan. Por medio de este proceder, en el año 1919, buscaron desvincular el derecho tributario del derecho civil<sup>54</sup>.

Dino Jarach<sup>55</sup> explica que en materia tributaria, el hecho que las leyes deben interpretarse atendiendo a consideraciones económicas, no significa que las mismas no deban interpretarse jurídicamente, es decir, la sustancia económica no es contrapuesta a la jurídica, por el contrario, es un criterio jurídico que sugiere al interprete tener en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlos en las normas materiales.

Concuerdo con el criterio de Jarach puesto que considero que la interpretación económica no fragmenta el contenido de las normas en jurídicas unas y económicas

---

<sup>53</sup> Carmen Simone Lasso,. “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 311.

<sup>54</sup> Carmen Simone Lasso,. “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 299.

<sup>55</sup> Dino Jarach, *El Hecho Imponible*, (Abeledo-Perrot), 144.

otras. Por el contrario, debe entenderse tanto el contenido jurídico como económico de la norma, dado que estos no son excluyentes, para una plena y adecuada interpretación.

Es importante decir que García Novoa con claridad determina que la regla de prevalencia de la sustancia sobre la forma es una medida orientada a luchar contra el abuso de la norma contra las experiencias de elusión tributaria. En el caso de las normas tributarias, el deber de la administración de aplicarlas va ineludiblemente precedido de una actividad interpretativa, la misma que consiste en una labor cognoscitiva destinada a buscar el sentido y alcance de una norma con el fin de trasladar el derecho vigente a la realidad.<sup>56</sup>

Retomando el criterio de Jarach, Simone establece que “la utilización del principio de realidad económica, como método de interpretación, no está restringido únicamente a los jueces, sino a todos quienes deban aplicar la norma tributaria”.<sup>57</sup> Es el caso, por ejemplo, de la administración tributaria que en muchas ocasiones, con la finalidad de beneficiar sus intereses, alega una supuesta realidad económica de la norma haciendo caso omiso a la realidad jurídica de la misma; y como consecuencia, se emiten actos que interpretan a la norma de manera parcial y errada, generándose un perjuicio para el contribuyente.

En cuanto a la aplicación del principio de realidad económica en la jurisprudencia, Carmen Simone sostiene que es reciente y, que existe el temor de que

---

<sup>56</sup> César García Novoa, *Forma y sustancia en los Convenios de doble imposición internacional*, (Argentina; Editorial Arco de Rodolfo Depalma, 1998), 236-237.

<sup>57</sup> Carmen Simone Lasso, “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 300.

este principio sea aplicado únicamente en aquellos casos en que beneficia al sujeto activo de la obligación tributaria<sup>58</sup>, como lo manifesté en el párrafo anterior.

En el Recurso 143-2007, la Sala de Casación consideró que la Autoridad Tributaria, en su fundamentación, no tuvo en cuenta las normas del Código Tributario referentes al hecho de que la interpretación de las normas tributarias debe hacerse teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica; y por el contrario, la entidad mencionada se había sustentado exclusivamente en razonamientos cuyo carácter era aparentemente jurídico. La Sala en su fallo se refiere a la forma de sustentar los gastos de conformidad con la ley tributaria y el reglamento; así sostuvo que:

“(...) si bien en reiterados fallos la jurisprudencia ecuatoriana ha sentado su criterio de que los gastos y costos para que sean deducibles, deben hallarse debidamente sustentados, no puede considerarse que ese criterio se opone al hecho cierto de que determinados egresos, que son esencialmente deducibles, puedan justificarse por otros medios que no sean los comprobantes de venta, pues estos últimos son indispensables, pero únicamente respecto de aquellos costos y gastos que suponen la transferencia de bienes o servicios, lo cual no ocurrió en el caso objeto de análisis”<sup>59</sup>.

De lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el análisis realizado por Carmen Simone, la Sala dio prevalencia a la sustancia del egreso efectuado por la empresa actora, sobre la forma jurídica en que se encontraban sustentados o, no sustentados, los gastos. Es decir, la Sala no se refirió a si esos valores eran

---

<sup>58</sup> Carmen Simone Lasso,. “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 301.

<sup>59</sup> Carmen Simone Lasso,. “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 304.

efectivamente gastos administrativos o, si eran, como la empresa manifestaba, distribución de utilidades. La Sala se limitó a señalar que estos valores constituyeron egresos necesarios para generar la renta. En esta línea, la Sala reconoció su deducibilidad<sup>60</sup>.

Consecuentemente, podemos establecer que la aplicación del principio de realidad económica en materia tributaria como instrumento para entender tanto el efecto económico de una norma jurídica como la materia sobre la cual recae el tributo, es un complemento para la interpretación jurídica; es decir, la interpretación jurídica y el principio de realidad económica son concurrentes, no deben apreciarse por separado, para de esta manera buscar el sentido y alcance de una norma con el fin de trasladar el derecho vigente a la realidad.

Luego de haber desarrollado este primer capítulo, procedo enseguida a realizar un análisis de la normativa ecuatoriana referente a los puntos ya analizados hasta aquí solo en una perspectiva doctrinaria; lo anterior, con la finalidad de entender sobre todo la relación estrecha del contrato de mutuo mercantil con la subcapitalización lícita.

---

<sup>60</sup> Carmen Simone Lasso,. “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, (Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2012), Pág. 305.

## **2. CAPITULO 2.- Análisis jurídico y comparado de la subcapitalización frente a los préstamos lícitos entre partes relacionadas en el régimen tributario ecuatoriano; revisión de partes relacionadas, préstamos lícitos, y deducibilidad de préstamos.**

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 82, establece el derecho a la seguridad jurídica, lo que implica la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y por consiguiente debidamente aplicadas por las autoridades competentes.

En lo que respecta a las partes relacionadas, existen normas claras, públicas y aplicadas por la Autoridad competente, por ejemplo, el artículo innumerado a continuación del artículo 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI), así como el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno (RLRTI), que definen qué es una parte relacionada y los casos especiales en que se pueden considerar relacionadas dos empresas.

De conformidad con el artículo innumerado siguiente al artículo 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno, son partes relacionadas 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<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Art. 4.1. Ley de Régimen Tributario Interno.- Se considerarán partes relacionadas, los que se encuentran inmersos en la definición del inciso primero de este artículo, entre otros casos los siguientes:

- 1) La sociedad matriz y sus sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes.
- 2) Las sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes, entre sí.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, y el artículo 27 del RLRTI establecen que serán deducibles los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio siempre y cuando no excedan los límites de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador y estén registrados en el Banco Central del Ecuador.

El numeral 3 del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno, así como el artículo 30 del RLRTI establecen que no serán deducibles los intereses que superen los límites de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador así

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

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

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

Así mismo, la Administración Tributaria podrá establecer partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al principio de plena competencia. Podrá considerar también partes relacionadas por presunción a los sujetos pasivos y a la persona natural, sociedad, o grupo económico con quien realice ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, en los porcentajes definidos en el Reglamento.

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

como tampoco los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición.

Entonces, existen normas claras y públicas respecto de la deducibilidad de intereses de préstamos entre partes relacionadas que cumplan con las condiciones constantes en los artículos citados. El problema radica en el hecho que, a pesar de que la ley no prohíbe los préstamos entre partes relacionadas, ciertos contribuyentes han usado este mecanismo para evitar el pago de impuestos y adicionalmente incrementar el monto de los gastos deducibles.

No obstante, el caso que nos ocupa es el de contribuyentes que, sin infringir la ley (puesto que no existe tal prohibición) solicitan a una de sus partes relacionadas un préstamo real y paralelamente cumplen con la obligación de pago al acreedor tal como un crédito subordinado que nace de la relación contractual entre la prestamista y la prestataria. En estos casos la Autoridad Tributaria no debería, ni siquiera con fundamento en la primacía de la sustancia sobre la forma, establecer que existe una subcapitalización ilícita.

Adicionalmente, la Autoridad Tributaria no debería condenar todas las operaciones de subcapitalización como ilícitas siempre que participen dos partes relacionadas. Es menester considerar que los elementos de la subcapitalización ilícita son varios, no solo el supuesto de hecho en el cual estén inmersas las partes relacionadas, por consiguiente, es de vital importancia que se analicen todos los elementos.

Para entender lo anterior, primero pasaré a analizar las disposiciones normativas

referentes a la subcapitalización.

## **2.1. Regulación de la subcapitalización en la Ley de Régimen Tributario Interno.**

En la legislación histórica referente a la subcapitalización vemos la evolución de dos tendencias; la primera, surge como una medida de control frente a la subcapitalización ilícita; mientras que la segunda contempla los casos específicos en los cuales una operación de subcapitalización entre partes relacionadas es lícita. En la actualidad, estas dos tendencias coexisten en la normativa ecuatoriana.

Vemos que la normativa que regula la subcapitalización ilícita ha evolucionado de la siguiente manera:

En primer lugar, el numeral 3 del artículo 13 del texto original de la Ley de ese entonces fue sustituido por el Art. 23 de la Ley 99-21 reformativa<sup>62</sup>, norma que estuvo vigente en el ejercicio económico 2003, y que establecía lo siguiente:

Art. 13.- Pagos al exterior.- Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. Serán deducibles, y no estarán sujetos al impuesto a la renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente, los siguientes pagos al exterior: (...) 3.- Los intereses de créditos externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales filiadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha de registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito (...).

---

<sup>62</sup>Ley 99-21 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999.

Con posterioridad este tercer numeral es sustituido por el Art. 75 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador<sup>63</sup>, que también suprime el numeral 2), por el siguiente:

(...) 3. Los intereses de créditos externos, exclusivamente pagados por créditos de gobierno a gobierno o concedidos por organismos multilaterales tales como el Banco Mundial, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo, registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha del registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito.

Por consiguiente, entendemos de esta redacción que, a partir del ejercicio 2008, no son deducibles los pagos de intereses por los préstamos externos obtenidos por los sujetos pasivos, a no ser que sean los concedidos por los organismos señalados en la norma trascrita y siempre que se hayan hecho las retenciones en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador.

A partir de lo anterior, en el Ecuador y con las reformas introducidas por Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria<sup>64</sup>, se introdujeron medidas para combatir la subcapitalización ilícita. Específicamente en el último inciso del Art. 37 de la LORTI, que señala:

“Cuando una sociedad otorgue a sus socios, accionistas, partícipes o beneficiarios, préstamos de dinero, *se considerará* dividendos o beneficios anticipados por la sociedad y por consiguiente, ésta deberá efectuar la retención

---

<sup>63</sup> Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de Diciembre de 2007.

<sup>64</sup> Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 94 de 23 de diciembre de 2009.

del 25% sobre el monto. Tal retención será declarada y pagada al mes siguiente de efectuada y dentro de los plazos previstos en el Reglamento y constituirá crédito tributario para la empresa en su declaración de impuesto a la Renta”<sup>65</sup> (las cursivas me pertenecen).

Hago énfasis en las cursivas del artículo anterior puesto que llama mi atención el hecho que la norma esté constituida por una presunción de derecho. La norma establece que todo préstamo de dinero será considerado dividendo o beneficio anticipado. Para entender el gravísimo alcance de esta disposición, voy a desglosar lo anterior en tres partes: primero, qué es una presunción de derecho; en segundo lugar, cuál es el alcance de definir que todo préstamo entre partes relacionadas constituye dividendos; y finalmente, la diferencia entre dividendos e intereses.

En primer lugar; la presunción es una operación deductiva que puede ser de hecho o de derecho. La presunción de hecho admite prueba en contrario, mientras que la presunción de derecho no admite prueba en contrario. Esto quiere decir que una presunción de derecho, como la que encontramos en la norma citada, debe hacer alusión a un supuesto de derecho claro y objetivo.

De conformidad con el artículo 32 del Código Civil una presunción es la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estas circunstancias se encuentran en la ley, la presunción es legal o de derecho. La norma citada establece que si se presume en derecho o según la expresión de la ley se entiende que es inadmisibles la prueba contraria.

La jurisprudencia explica que las presunciones se apoyan en el suceder lógico de

---

<sup>65</sup> Ley de Régimen Tributario Interno.

ciertos hechos con relación a otros<sup>66</sup>.

Ahora, en la norma citada se establece el siguiente presupuesto de derecho: todo préstamo entre partes relacionadas genera dividendos o beneficios anticipados, no intereses. Considero que la disposición anterior contenida en la norma citada no es justa ni objetiva como en derecho se requiere para que existe una presunción legal; a continuación explico los motivos de mi desacuerdo.

Cito a continuación una jurisprudencia que explica con mayor detalle a las presunciones de derecho:

“CUARTO.- ... El artículo 32 del Código Civil, llama presunción a la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas y dice que si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. El autor ecuatoriano Lauro E. Larreátegui M., en su obra “Las presunciones legales expresas del Código Civil Ecuatoriano” clasifica las presunciones legales en relativas o juris tantum y absolutas o de derecho o juris et de jure (Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, Tomo 33, Vol. I, Editorial Fondo de la Cultura Ecuatoriana, Cuenca, 1983, P21); la diferencia entre una y otra consiste en que las primeras admiten prueba en contrario y consecuentemente dispensan de la prueba a quien las alega a su favor, las segundas no admiten prueba en contrario”<sup>67</sup>.

En la doctrina<sup>68</sup> se ha analizado el tema de las presunciones de derecho en materia tributaria y referente exclusivamente a la subcapitalización, en los casos en los que las disposiciones comunitarias son aplicables. Así, se ha señalado que en materia de normas tributarias sobre la subcapitalización es una cuestión primordial analizar si se debe estar permitida la recalificación como dividendos los rendimientos que en

---

<sup>66</sup> Gaceta Judicial No. 29-I-1999, Expediente No. 46-99, Primera Sala, R.O. 143 de 8-III-1999.

<sup>67</sup> Gaceta Judicial No. 30-XI-1999, Resolución No. 584-99, Primera Sala, R.O. 349 de 29-XII-1999, fallo de triple reiteración.

<sup>68</sup> Félix Alberto Vega Borrego, *La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*. Crónica Tributaria n° 104 (2002), pp. 89-125. (Edición Electrónica).

principio son intereses. Entonces, cuando debido a la vinculación entre el prestatario y el prestamista el importe del crédito del cual se pague interés supere el que habían convenido ambos (de no existir dicha relación), el concepto de dividendo se aplicará únicamente al interés sobre el importe que habrían convenido. En otras palabras, si dos partes relacionadas convienen un interés superior al autorizado por el Banco Central, entonces únicamente el excedente del interés pagado será considerado como dividendo.

Entonces, este mismo sector de la doctrina ha aclarado que, dada la redacción de la norma, solo puede determinarse si una estructura financiera entre partes relacionadas se encuentra subcapitalizada a través del método subjetivo, es decir; el análisis individualizado del endeudamiento de la sociedad para comprobar si en una situación de independencia se habría realizado la operación. Por ejemplo, un modelo internacional como el de la Organización de la Cooperación y el Desarrollo Económico no autorizaría en este tema particular ningún método objetivo, porque de su tenor se derivaría la obligación de analizar y examinar individualmente el endeudamiento.

Consecuentemente, es ilógico que la norma del Art. 37 de la LORTI defina a los dividendos mediante una presunción de derecho.

Finalmente, es menester considerar que existe una gran brecha entre la definición de dividendos y la definición de intereses. Como será explicado en el punto 2.2. del presente trabajo; tanto los dividendos como los intereses son dos tipos de rentas pasivas internacionales; no obstante, mientras los dividendos (participación de fondos propios) no son deducibles, los intereses sí.

La normativa que regula la subcapitalización lícita se desarrolla de la siguiente manera:

Con la reforma de la Ley de Régimen Tributario Interno (año 2007) entra en vigencia el artículo 17, en el cual se introduce el concepto de la sustancia sobre la forma y se establece que el elemento predominante es la realidad de la conducta del contribuyente sobre la forma que éste adoptara. A lo anterior se agrega que se tomará en cuenta la situación real con independencia de la norma jurídica.

Entonces, mediante la suscripción de un contrato de mutuo entre partes relacionadas, puede incurrirse automáticamente en el fenómeno de la subcapitalización ilícita, tal como lo establece la ley nacional, si la prestamista cuenta con capacidad de endeudamiento y cumple con la obligación de pago como crédito subordinado que nace de la relación contractual, sin simulación. Analizaré el supuesto anterior desglosando la normativa y atendiendo al espíritu del legislador mediante una interpretación global de la norma.

El artículo de la normativa Ecuatoriana (Ley de Régimen Tributario Interno) que indirectamente hace referencia al tratamiento de la subcapitalización establece que 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. Adicionalmente, 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<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> **Art. 10.-** Deduciones.- 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 suma, la norma citada establece las siguientes condiciones necesarias para que los intereses pagados a partes relacionadas sean deducibles y por consiguiente la operación sea legítima: en primer lugar, el monto total del crédito no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio de la sociedad; y tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales; en segundo lugar, los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles; finalmente, se debe registrar el crédito en el Banco Central del Ecuador.

De lo anterior se colige que, concurriendo las condiciones establecidas por la normativa citada, es plenamente posible la realización de un préstamo de mutuo lícito entre partes relacionadas.

Finalmente, hemos podido analizar cómo en la normativa ecuatoriana coexisten, por un lado, las medidas para controlar operaciones de subcapitalización ilícitas; y por otro lado, la normativa que acepta el hecho que existan préstamos lícitos entre partes relacionadas como escenarios de subcapitalización lícita.

En virtud de lo anterior, realizaré el análisis de regulaciones internacionales para comparar el criterio adoptado respecto a la subcapitalización para corroborar mi posición.

---

En particular se aplicarán las siguientes deducciones:

*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.

**2.2. La subcapitalización desde la perspectiva contemplada en el Modelo de Convenio para evitar doble imposición de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) versión No. 19, publicada el 07 de noviembre de 2013.**

Posterior a la segunda guerra mundial, varios países manifestaron su voluntad de cooperación para lograr una verdadera independencia económica. Esta cooperación requería medidas para evitar la doble imposición entre los países recíprocos. Es por esto, que surgió la idea de adoptar convenciones de conformidad con principios uniformes, definiciones y reglas de interpretación común. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) inició estudios sobre problemas de fiscalidad internacional en el año 1956. Finalmente, en el año 1963, la OCDE adoptó recomendaciones concernientes a eliminar la doble imposición en materia tributaria, y sugirió a los gobiernos de países miembros que, cuando concluyan convenios bilaterales, lo hagan de conformidad al modelo<sup>70</sup>.

Me gustaría aclarar la importancia del modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante OCDE, y el por qué de la referencia únicamente a este modelo.

En la actualidad, 34 países miembros de la OCDE en todo el mundo recurren unos a otros para identificar, discutir y analizar problemas con la finalidad de promover políticas para resolverlos. El modelo de convenio internacional desarrollado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) hace una clara

---

<sup>70</sup> Cesar Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario*, (Quito; Corporación Editora Nacional, 2006), 166 y 167.

referencia a la problemática entre países y resuelve estos temas con lineamientos claros; tanto es así, que inclusive muchos modelos, entre ellos ONU, han basado sus lineamientos en este modelo (OCDE). Por lo anterior, en este trabajo me referiré al modelo OCDE para el análisis del tema propuesto cuya última versión (No. 19) fue publicada el 07 de noviembre de 2013.

Finalmente, previo a proceder con el análisis, creo pertinente hacer una aclaración; el modelo OCDE constituye un conjunto de guías que en el lenguaje cotidiano tienen fuerza de sugerencias, entonces en qué momento estas sugerencias cobran importancia. Las guías estipuladas en el Modelo de la OCDE cobran importancia cuando los países miembros de esta Organización suscriben contratos para evitar la doble imposición entre ellos, y solo en ese momento, las guías pasan de ser softlaw a derecho internacional aplicable.

Ahora, el interés, desde la perspectiva tributaria, en el tema de la subcapitalización recae en la operación de financiación a través de recursos propios o ajenos; ésta incide de forma distinta en la carga tributaria final que soporta tanto quien la percibe como para quien la aporta<sup>71</sup>. No obstante la importancia del análisis de este tema no culmina en lo anterior, también es indispensable determinar si la financiación se la canaliza a través de medios ajenos o propios con la finalidad de establecer el mecanismo y las consecuencias tributarias.

Mientras la financiación ajena se hace por vía de préstamo y se retribuye a través del pago de intereses; la financiación propia proviene fundamentalmente de las

---

<sup>71</sup> Félix Alberto Vega Borrego, *La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*. Universidad Autónoma de Madrid, *Crónica Tributaria* N. 104 (2002), pp. 89-125. (Edición Electrónica)

aportaciones de capital realizadas por los partícipes de la sociedad y la retribución de los fondos se articula principalmente a través del pago de dividendos”<sup>72</sup>. Esta diferenciación es importante puesto que un préstamo está exento de tributación mientras que el aumento del capital de una sociedad está sujeto al impuesto sobre operaciones societarias; y finalmente, en el último caso, para la sociedad que requiere el financiamiento, optar entre recursos propios o ajenos implica un cambio directo en la base imponible, ya que los recursos propios constituyen dividendos mientras que los ajenos (como fue explicado anteriormente) constituyen intereses.

Es menester recalcar que tanto los dividendos como los intereses son dos tipos de rentas pasivas internacionales; no obstante, los dividendos (participación de fondos propios) no son deducibles, mientras que los intereses sí.

Entonces, cuál sería la incidencia de la diferenciación entre financiación ajena y propia pertinente para que entren en el análisis los modelos de convenio para evitar doble imposición. La respuesta está en el hecho que en el caso que la financiación sea ajena (préstamo y pago de intereses), no se genera una doble imposición económica ni jurídica, ya que la legislación del Estado de la fuente renuncia a gravarlos; mientras que en el caso de los dividendos, éstos son susceptibles de sufrir doble imposición económica<sup>73</sup>, porque el beneficio del que proceden se grava tanto en sede de la sociedad pagadora como la del socio. Por consiguiente, considerando los dos escenarios, la generalidad de empresas optan por financiación ajena y no por financiación propia.

---

<sup>72</sup> Véase, Palao Taboada, C., “La subcapitalización y los convenios de doble imposición”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, (Ed. Estudios Financieros, núm. 137/138, 1995), 79.

<sup>73</sup> La doble imposición económica hace alusión al hecho que el mismo impuesto no pueda ser aplicado más veces por el mismo presupuesto si siquiera en relación a sujetos distintos. (Carlos M. López Espadafor, *La doble imposición interna*, (España; Editorial Lex Nova, 1999), 61.)

Ahora, es menester aclarar en qué casos se puede hablar de dividendos. Los dividendos representan las acciones que un particular tiene en una compañía extranjera; entonces, en la relación matriz-sucursal no podemos hablar de dividendos como lo hace la ley ya que las compañías tienen independencia. Entonces, ¿cuándo existe independencia y cuándo existe dependencia o partes relacionadas?

Como ya fue explicado, las partes relacionadas, de conformidad con el artículo 4 de la LRTI son 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.

Consecuentemente, ¿bajo la existencia de partes relacionadas, se viola el principio de independencia con financiación ajena o préstamo y, automáticamente existe un escenario de subcapitalización ilícita?

Como ya fue explicado, el artículo de la Ley de Régimen Tributario Interno que indirectamente hace referencia al tratamiento de la subcapitalización (Art. 10) se establecen tres condiciones necesarias para que los intereses pagados a partes relacionadas sean deducibles y por consiguiente la operación sea legítima: a) El monto total del crédito no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio de la sociedad; y tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales; b) Los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles; y, c) Se debe registrar el crédito en el Banco Central del Ecuador.

De lo anterior se colige que, concurriendo las condiciones establecidas por la normativa citada, es plenamente posible la realización de un préstamo de mutuo lícito entre partes relacionadas.

Ahora, las consecuencias de la norma en materia de subcapitalización se proyectan tanto en la esfera del prestatario como del prestamista; éstas surgen a mayor escala cuando es aplicable un convenio para evitar la doble imposición; ya sea por un criterio de jerarquía o por razón de la materia. Entonces a continuación plantearé cómo inciden en la norma sobre subcapitalización los modelos de convenio para evitar doble imposición.

El artículo 9 del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición de la OCDE establece<sup>74</sup>:

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, los beneficios que habrían sido obtenidos 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 los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.

2. Cuando un Estado contratante incluya en los beneficios de una empresa de ese Estado –y, en consecuencia, grave– los de una empresa del otro Estado que ya han sido gravados por este segundo Estado, y estos beneficios así incluidos son los que habrían sido realizados 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 que ha percibido sobre esos beneficios. 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.

---

<sup>74</sup> <http://www.oecd.org/tax/treaties>. Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición, actualizado al 2013, fecha de consulta: febrero, 24 2015.

En primer lugar, es menester aclarar que este artículo hace alusión a los ajustes de los beneficios empresariales, y es aplicable a efectos fiscales cuando las condiciones en que se hayan efectuado las operaciones entre empresas asociadas (sociedades sometidas a un control común) difieran de las condiciones o estándares establecidas para el mercado entre partes independientes como respecto al principio de libre independencia.

En el apartado uno (1) del citado artículo se plasma el hecho de 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 reflejaran los beneficios imponibles reales generados en ese Estado. 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.

Sobre este respecto, cito el criterio del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE<sup>75</sup> sobre subcapitalización, en éste, establecen que existe una interacción entre los convenios tributarios y las normas nacionales sobre subcapitalización que afecta al ámbito del artículo citado.

---

<sup>75</sup> Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias" –Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration / Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des Administrations fiscales, OCDE, Paris, 1995.

El Comité considera: en primer lugar, que el artículo no impide la aplicación de las normas nacionales sobre subcapitalización en la medida en que tengan por objeto *la asimilación de los beneficios del prestatario a la cuantía que hubiera realizado en condiciones normales de mercado*; en segundo lugar, que el artículo afecta no sólo a la determinación de si *la tasa de interés establecida en un contrato de préstamo es una tasa de mercado*, sino también a la cuestión de si *lo que se presenta como un préstamo puede ser considerado como tal o si debe considerarse como una entrega de fondos de otro tipo y, en particular, como una aportación de capital*; y finalmente que la aplicación de las normas sobre subcapitalización no debe conducir normalmente a aumentar los beneficios imponibles de la empresa nacional considerada, más allá de la cuantía correspondiente a los beneficios de plena competencia, y que ese principio debe seguirse igualmente al aplicar los convenios tributarios existentes. (Las cursivas me pertenecen).

Respecto del primer punto, es menester hacer referencia al hecho por medio del cual los beneficios del prestatarios excedan las condiciones fijadas por el mercado; en tal caso, el efecto principal de la norma en materia de subcapitalización consiste en un ajuste positivo en la base imponible de la sociedad prestataria, este ajuste procede en los casos en los que los beneficios excedan los permitidos por el mercado; “el ajuste positivo es el resultado de la consideración como dividendos de los intereses devengados por el endeudamiento calificado como excesivo. Los dividendos no tienen la consideración de gasto deducible y por tanto se integran plenamente en la base imponible gravada. El resultado de este ajuste es un beneficio imponible mayor en el

Estado de residencia de la sociedad”<sup>76</sup>.

En relación al criterio contemplado en el punto dos del Comité, aclaro que con el ajuste se pretende que la sociedad tribute por el beneficio realmente obtenido en una situación de independencia. De conformidad con Vega Borrego, el principio de independencia constituye un principio básico en las distintas versiones del Modelo OCDE, ya que el Modelo no sólo establece criterios para la distribución de poder tributario entre los Estados que celebran un convenio, sino también protege la tributación del beneficio en el Estado en que se ha generado.

Por consiguiente, de conformidad con el criterio del Comité, cualquier situación de infra capitalización no autoriza al Estado de residencia a realizar un ajuste. En ese sentido, este autor sostiene que “solamente en la medida en que el endeudamiento de la sociedad exceda al que hubiera alcanzado en una situación de independencia, el Estado de residencia podrá realizar los ajustes correspondientes en la base imponible de la sociedad cuya estructura financiera se encuentra infra capitalizada”<sup>77</sup>.

Consecuentemente, el tema más problemático radica en establecer si el artículo 9 del Modelo de Convenio OCDE permite no solamente la realización del ajuste en la base imponible de la sociedad prestataria, *sino también la calificación como capital de las aportaciones realizadas en concepto de préstamo*. Vega Borrego contesta esta pregunta aseverando que, “implícitamente, las legislaciones que arbitran el ajuste

---

<sup>76</sup> Félix Alberto Vega Borrego, “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario”. Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria N. 104 (2002), pp. 89-125.

<sup>77</sup> Félix Alberto Vega Borrego, “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario”. Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria N. 104 (2002), pp. 89-125.

mediante la calificación como dividendos de los intereses devengados por el endeudamiento excesivo, están calificando como capital ese exceso, dado que la no deducibilidad de los dividendos trae causa de la regla general en materia de retribuciones de fondos propios: las retribuciones de fondos propios no son deducibles”.

A manera de conclusión, entendemos que sí es posible que exista un préstamo lícito entre partes relacionadas siempre que se cumplan los parámetros que establece la legislación interna y los convenios celebrados entre los países de conexión; y adicionalmente el endeudamiento excesivo, si existiera éste, será calificado como capital o retribución de fondos propios no deducibles.

Finalmente, es posible establecer que el artículo 9 del Modelo OCDE no necesariamente contempla de manera expresa la problemática de la subcapitalización; por el contrario, en materia de financiación sólo contempla “la rectificación de transacciones individualizadas”, tales como la constitución de préstamos en los que se pacta un interés inferior o superior al normal de mercado. En ambos casos se produce una reducción de la base imponible, por la existencia de un mayor gasto o de un menor ingreso. Cuando el valor de la transacción no se ajusta al que acordarían partes independientes, el Modelo autoriza la realización del ajuste. El Modelo, sin embargo, no contempla situaciones como la existencia de un endeudamiento excesivo<sup>78</sup>, pero si de un endeudamiento entre partes relacionadas.

Por ende, paso a analizar el contrato de mutuo en el ordenamiento jurídico nacional para entender cuán lícitas son estas relaciones de financiamiento.

---

<sup>78</sup> Félix Alberto Vega Borrego, “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario”. Universidad Autónoma de Madrid, Crónica Tributaria N. 104 (2002), pp. 89-125.

### **2.3. Regulación en del contrato de mutuo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.**

El artículo 2099 del Código Civil Ecuatoriano<sup>79</sup> define al contrato de mutuo como un préstamo de consumo en el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

El contrato de mutuo se perfecciona con la tradición, es decir la transferencia de dominio de la suma numérica enunciada en el contrato<sup>80</sup>.

En la jurisprudencia ecuatoriana se ha establecido que el contrato de mutuo o préstamo de consumo es un contrato real que se perfecciona por la tradición de las cosas prestadas y la tradición confiere el dominio, siendo de notarse que la tradición puede legalmente efectuarse mediante la entrega material de las cosas objeto del contrato, o conviniendo las partes en que retenga una de ellas en concepto de mutuo aquello que debía por cualquier otro título<sup>81</sup>.

Para abundar el criterio adoptado respecto del contrato de mutuo, cito a continuación un extracto de jurisprudencia ecuatoriana:

"(...) 4o. El contrato celebrado entre G. y C. es de mutuo, porque él versa sobre dinero, cosa fungible, que constituye la condición esencial del mutuo, la cual no se desnaturaliza por la no estipulación de intereses. 5o. El deudor está obligado a

---

<sup>79</sup> Código Civil, Art. 2099. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.

<sup>80</sup> Código Civil, Arts. 2100 y 2102.

<sup>81</sup> Gaceta Judicial. Año LII. Serie VII. Nro. 4. Pág. 333.

pagar la suma numérica enunciada en el contrato y en la moneda reconocida por la ley como eficaz, para extinguir la obligación."<sup>82</sup>

Entonces, en los particulares del contrato de mutuo previstos en la normativa ecuatoriana y reflejados en la jurisprudencia, hemos visto que pueden como no, pactarse el pago de intereses, los mismos que no podrán exceder los límites máximos fijados por la ley (Arts. 2107, 2109 Código Civil).

De lo anterior se colige que el contrato de mutuo es un contrato común a un acuerdo de voluntades por medio del cual una de las partes presta dinero a la otra (con una transferencia de dominio de por medio), y ésta última debe devolver éste dinero más los intereses pactados en el contrato inicial. Es decir, es tipo de contrato claro que responde a una necesidad de financiamiento por parte del mutuuario.

En el caso que nos ocupa, partamos de una suposición cotidiana. Dos miembros de una sociedad conyugal son partes evidentemente relacionadas que responden al mismo grupo económico; a pesar de lo anterior, una de ellas necesita financiamiento para emprender en un negocio y la otra tiene esa cantidad de dinero si producir en el banco; entonces hay dos opciones, hacer un contrato de mutuo con la sociedad conyugal o hacer un contrato de mutuo con una institución financiera. En el primer caso, el préstamo se otorga con un interés igual al límite establecido por la ley; no obstante, en el segundo caso, el préstamo se hace con un interés superior al mínimo establecido por la ley. Entonces, en ambos casos la prestataria haría un contrato de mutuo en el cual tendrá que devolver el dinero y los intereses pactados, sin embargo, si opta por el préstamo con la sociedad conyugal, el interés es menor (y cumple con los mínimos establecidos en la ley), los trámites son menores y tal vez las facilidades de pago mayores. Siendo así, la prestataria optará por el primer caso, es decir el préstamo con su

---

<sup>82</sup> Gaceta Judicial S. No. 170, 16-III-25, p. 1396.

parte relacionada.

Lo anterior no quiere decir que se vaya a vulnerar la normativa, que se pretenda pagar menos o no pagar el préstamo; simplemente que opta por desarrollar la misma actividad pero con una parte relacionada.

Así, tenemos que en el caso de partes relacionadas sucede lo mismo, no se vulnera la normativa ecuatoriana, tanto del artículo 2099 del Código Civil, como tampoco la normativa citada en el punto 2.1. del presente capítulo. Fundamento mi criterio en el artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno que, como ya lo expliqué en el punto anterior, establece 3 condiciones necesarias para que exista un préstamo lícito entre partes relacionadas: 1) que el monto total del crédito no sea mayor al 300% con respecto al patrimonio de la sociedad; 2) que los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles; 3) que el crédito se registre en el Banco Central del Ecuador.

De lo anterior se colige que, concurriendo las condiciones establecidas por la normativa citada, es plenamente posible la realización de un mutuo lícito entre partes relacionadas.

#### **2.4. Análisis de la sustancia versus la forma desde la perspectiva del artículo 17 del Código Orgánico Tributario.**

Una vez analizados tanto el contrato de mutuo como la subcapitalización en la normativa ecuatoriana, es menester analizar la sustancia sobre la forma de todas las operaciones para determinar si éstas son lícitas o no.

El artículo 17 del Código Tributario establece lo siguiente:

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

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

Desglosaré el artículo en dos partes para su análisis; la primera parte hace alusión al hecho generador derivado de un acto jurídico, y la segunda parte hace referencia al hecho generado delimitado por conceptos económicos.

Empiezo el análisis por la primera parte del artículo 17 del Código Tributario que establece que cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

Para entender lo anterior, es menester aclarar cuándo un hecho generador es un acto jurídico.

El acto jurídico es toda manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a la producción de efectos de derecho. Estos efectos de derecho, a su turno, consisten en la creación, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas. Entonces, el acto jurídico es toda manifestación de voluntad intencionalmente dirigida a producir obligaciones<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Jorge Cubides Camacho. *Obligaciones*, (Fundación Cultural Javeriana: Bogotá), 193.

En ese sentido, el inciso primero del artículo 17 del Código Tributario hace alusión al hecho generador que constituye una conducta voluntaria del contribuyente, y ésta activa lo descrito en la norma. En este caso, el legislador establece que tal conducta deberá interpretarse de acuerdo a la naturaleza y esencia jurídica de dicha actuación.

El inciso segundo del artículo 17 del Código Tributario establece el supuesto en el cual el hecho generador se delimita con conceptos económicos, y en tal caso, establece que la interpretación se hará en atención a las situaciones o relaciones económicas prescindiendo de las formas jurídicas.

Este inciso llama mi atención, puesto que, como ya lo expliqué en el capítulo anterior, la acepción económica de esta norma no se deslinda en ningún momento de la interpretación jurídica de la misma.

Por otro lado, en la casuística nacional, existe la sentencia del caso 127-2007 de 3 de abril de 2009, en la que se declara que no basta el cumplimiento de los requisitos formales para la aceptación de las deducciones; que sí es posible calificar la intención jurídica de las personas que intervienen en un negocio, así como las verdaderas relaciones económicas que existen entre las partes con independencia de las formas jurídicas que utilicen<sup>84</sup>.

Entonces, podemos decir que el artículo 17 del Código Tributario es una norma muy polémica ya que, el juzgador podría ir en contra de lo prescrito en el artículo 10 de la LRTI (artículo que contempla supuestos legítimos para establecer préstamos entre

---

<sup>84</sup> Expediente de Casación 226, Registro Oficial Suplemento 368 de 23 de noviembre de 2012.

partes relacionadas) y, con argumento en la realidad económica que prescinde de la forma jurídica, podría sancionarse como subcapitalización ilícita un caso ajustado a la ley que cumple con los requisitos de la misma.

Finalmente puedo establecer que en la normativa ecuatoriana coexisten tanto las medidas para controlar operaciones de subcapitalización ilícitas como las que aceptan el hecho que existan préstamos lícitos entre partes relacionadas como escenarios de subcapitalización lícita. Así, hemos visto también que el Modelo OCDE sí dispone guías que sugieren la relación lícita de endeudamiento entre partes relacionadas. De lo anterior se colige que, concurriendo las condiciones establecidas por la normativa citada, es plenamente posible la realización de un contrato de mutuo lícito entre partes relacionadas; así, el artículo 17 del Código Tributario que prescribe la sustancia sobre la forma jurídica adoptada por el contribuyente, no implica la prescindencia de la forma jurídica regulada por la ley

### **3. CAPITULO 3.- Análisis de casos desde la perspectiva planteada en la presente tesis.**

Una vez analizados los escenarios doctrinarios y legales referentes al tema de la subcapitalización y del contrato de mutuo, es menester revisar algunos casos particulares para verificar si los jueces correspondientes proceden al análisis adecuado en los casos de subcapitalización.

Para efecto de lo anterior he elegido siete casos cuyo estudio me parece importante, es así que procedo al detalle de los mismos en el punto 3.1.

Para entender la perspectiva planteada en el presente trabajo expondré siete casos particulares:

- Caso de la empresa Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. Recurso de Hecho No. 497-2010.
- Caso de la empresa Schlumberger Surencó S. A. Sucursal Ecuador (SLB). Recurso de Casación No. 226-2009.
- Caso Andes Petroleum Ecuador LTD. Recurso de Casación No. 271-2010.
- Caso Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A. Recurso No. 544-2010.
- Caso Occidental Exploration and Production Company (OEPC). Recurso No. 357-2011.
- Caso Andes Petroleum Ecuador LTD. Recurso de Casación No. 442-2010.
- Caso de la empresa Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. Recurso de Casación No. 601-2012.

La selección de casos obedece al conocimiento público tanto mediática como judicialmente de éstos. Aclaro, sin embargo, que no me allano a ninguna posición ni tendencia adoptada en los casos por ninguna de las partes así como tampoco por el veredicto judicial; únicamente procederé a hacer un análisis de la interpretación judicial proyectada en la sentencia por el juez correspondiente. Independientemente de lo anterior, existen criterios claros en los instrumentos que serán analizados, en los cuales manifestare mi inclinación únicamente de manera técnica y jurídica.

### **3.1. Breves antecedentes y problemática de los casos seleccionados.**

#### **Recurso No. 497-2010, OCP.**

El “Caso OCP” al que me referiré hace alusión al Recurso de Hecho No. 497-2010, planteado ante la negativa del recurso de casación por la empresa Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A., respecto de la sentencia que rechaza la demanda de impugnación que la compañía manifestada planteó frente al acta de determinación referente al impuesto a la renta del año fiscal 2003 emitida por el Servicio de Rentas Internas.

La litis del caso versa respecto del hecho que la compañía OCP optó por financiarse con una parte relacionada para la construcción del oleoducto de crudos pesados en el Ecuador, y como consecuencia de esta operación la Administración Tributaria consideró que la verdadera intención de la compañía era la de obtener un beneficio fiscal y perjudicar la recaudación tributaria por medio de una simulación.

### **Recurso No. 226-2009, SLB.**

En el presente caso se hará alusión al voto salvado adoptado por el Magistrado Gustavo Durango dentro del recurso de casación No. 226-2009 de 27 de julio de 2010, planteado por el Procurador Fiscal del Servicio de Rentas Internas contra la sentencia de 31 de marzo del mismo año, expedida por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 dentro del juicio de impugnación propuesto por SCHLUMBERGER SURENCO S A. SUCURSAL ECUADOR (SLB).

La litis en la especie se centra en dilucidar si la sentencia, objeto de recurso de casación por parte del Servicio de Rentas Internas, dejó de aplicar el principio de "realidad económica" consagrado en el artículo 16 del Código Tributario, actual artículo 17 Código Orgánico Tributario, cuando SLB HOLDING BERMUDAS, otorgó un préstamo, que generó deducciones por pago de intereses a favor de su empresa vinculada SLB SURENCO ECUADOR S.A., dentro del ejercicio económico 2001.

La parte recurrente, dentro del presente caso, alega que no cabía la deducción de los intereses por parte de SLB SURENCO ECUADOR S.A., puesto que “nadie puede hacerse un préstamo a si mismo, y en consecuencia debió considerarse como un acto de subcapitalización y simulación de préstamo”<sup>85</sup>.

### **Recurso No. 271-2010, Andes Petroleum.**

Andes Petroleum Ecuador LTD, (AP) interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 19 de mayo de 2010, expedida por la Quinta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal no. 1, el Recurso es signado con el número 271-2010 y es referente al Juicio

---

<sup>85</sup> Cita textual del Recurso No. 226-2009 de 27 de julio de 2010.

de Impugnación seguido por AP respecto del impuesto a la renta y anticipos del ejercicio económico 2001.

La litis en la especie se centra a dilucidar si el criterio alegado por la Administración Tributaria y aprobado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en sentencia es el acertado. La Administración Tributaria sostiene que, cuando el financiamiento proviene de una compañía relacionada, constituye una provisión de fondos o aporte de capital que debe registrarse en la contabilidad como un aumento de capital y no como un préstamo que genere gastos por concepto de intereses. Así, la Administración Tributaria, no se opone a que la empresa vinculada ecuatoriana necesite y reciba un financiamiento de parte del grupo económico al que pertenece, la objeción del Servicio de Rentas Internas es que si el grupo económico inyecta liquidez a su empresa vinculada para el giro de sus operaciones, ese financiamiento debería hacérselo a través de los mecanismos societarios y contables normales, como un aumento de capital que incremente su patrimonio, lo cual será retribuido al grupo a través de los dividendos o utilidades que ésta produzca.

La Administración Tributaria motivó esta glosa en el artículo 17 del Código Tributario que establece lo que doctrinariamente se conoce como el principio de la realidad económica o de prevalencia de la realidad económica sobre la forma. Este artículo desentraña la verdadera esencia de la naturaleza jurídica del acto jurídico, que en la especie, según la Administración Tributaria, permite verificar entre la compañía actora y sus empresas relacionadas, la existencia de préstamo falso, pues no se trata de una operación crediticia sino de una provisión de fondos del grupo económico a favor de su vinculada en el Ecuador, que debió ser considerada como un aumento de capital.

**Recurso No. 544-2010, Caso Acromax.**

El Servicio de Rentas Internas interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 01 de octubre de 2010, expedida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal no. 2, el recurso es signado con el número 544-2010.

La litis en la especie se centra en el hecho que la Administración Tributaria alega que desde la suscripción del contrato de préstamo hasta su renovación, el actor nunca desembolsó dinero para pagarlo, sino que mas bien se valió de esas figuras jurídicas para beneficiarse de una deducción y así disminuir su base imponible; adicionalmente, los jueces se limitaron a verificar el cumplimiento de requisitos formales del préstamo pero no analizaron su real sustancia y desenvolvimiento.

**Recurso No. 357-2011, OEPC.**

OEPC interpone recurso de casación en contra de la sentencia de 09 de agosto de 2011 dictada por la Quinta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación deducido por OEPC.

La litis del caso se centra en determinar la naturaleza de las obligaciones que han generado el pago de intereses por parte de la compañía OEPC, si se trata efectivamente de préstamos o si constituyen una provisión de fondos como sostiene la Administración Tributaria.

### **Recurso No. 442-2010, Andes Petroleum.**

Tanto la Autoridad Tributaria como la empresa Andes Petroleum plantean Recurso de Casación en contra de la sentencia de fecha 2 de junio de 2010 emitida por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito que acepta parcialmente la demanda presentada por Andes Petroleum referente al impuesto a la renta del año 2002.

El punto a dilucidar en el presente caso es si en la sentenciase dejó de aplicar el principio de realidad económica contemplado en el artículo 17 del Código Tributario, cuando Andes Petroleum generó deducciones por concepto de intereses por un préstamo otorgado por una empresa vinculada o matriz.

### **Recurso No. 601-2012, OCP.**

OCP plantea recurso de casación en contra de la sentencia de 28 de agosto de 2012 emitida por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.1.

En la especie, la litis se centra en determinar si el préstamo solicitado por OCP a su parte relacionada cumple con los requisitos del principio de “arm`s length principle”<sup>86</sup>, o si por el contrario, constituye una aportación de capital.

---

<sup>86</sup> Principio de tributación en situación de independencia o principio de plena competencia el cual establece que la sociedades vinculadas deben actuar como si dicha vinculación no existiera.

### **3.2. Análisis comparativo de los casos desde diversos puntos temáticos relevantes y reiterativos.**

Para tener una idea panorámica del criterio aplicado por los jueces en los casos seleccionados, procederé al análisis de éstos de acuerdo a varios puntos temáticos de elementos que integran a la subcapitalización y a sus diversos escenarios.

#### **3.2.1. Constatación del hecho generador o de la sustancia sobre la forma de la operación.**

En los casos analizados no se ha constatado un análisis pormenorizado por parte de los magistrados, referente a la constatación del hecho generador, a excepción del Recurso No. 357-2011 OEPC, así como también del Recurso No. 601-2012 OCP. Considero que el análisis de la realización del hecho generador es importantísimo; tanto la Administración Tributaria como los juzgadores, deberían partir de la verificación del hecho generador. Una vez efectuado lo anterior, entonces es procedente verificar la esencia del hecho y la sustancia de la operación.

En el Recurso No. 601-2012 OCP la Sala delimita la necesidad de tomar en cuenta el factor económico inclusive sobre las formas jurídicas para la calificación del hecho económico. Para efecto de la mencionada calificación, la Sala establece que existen ciertos elementos comunes que caracterizan a la subcapitalización entre ellos la vinculación de partes relacionadas; elemento que será analizado en el punto siguiente y a través del cual la Sala llegará a la conclusión de la existencia de una subcapitalización ilícita de tipo nominal ya que bajo la simulación de un préstamo, se logró la aportación

de capital de los socios. La Sala explica que la subcapitalización nominal es en la cual la sociedad si dispone de suficientes medios financieros, aunque su capital escriturado no mantiene la adecuada proporcionalidad con la importancia y exigencia del objeto social. Entonces la financiación de la empresa se hace al margen del capital social y la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital propio, es decir el préstamo es formalmente capital ajeno pero materialmente viene a subvenir el déficit del capital propio constituyendo una simulación relativa.

Dentro del análisis para la constatación del hecho generador, en el Recurso No. 357-2011 OEPC, la Sala explica que la justificación para considerar que se trata de provisión de fondos y no de un crédito está sustentada en el hecho de que se trata de una operación entre compañías que constituyen un conjunto económico por ser partes relacionadas, por consiguiente, recurrir a la figura de un crédito entre partes relacionadas materializa un efecto económico, que es la deducción de los intereses pagados, perjudicando el resultado final del ejercicio. Por consiguiente, estos "prestamos" bien pudieron ser atendidos mediante el mecanismo de provisión de fondos de la propia empresa o de la casa matriz, considera la Sala. Si bien la Sala analiza la esencia del hecho generador, los elementos del caso son claramente equívocos, puesto que nuevamente se estereotipa la relación entre partes relacionadas, y a partir de esta premisa, con insuficiencia de elementos, se llega a la conclusión que no era procedente un préstamo entre relacionadas.

En lo que respecta al Recurso de Hecho No. 497-2010 OCP, se hace alusión al hecho generador de manera exógena y paralela, cuando se analiza la existencia o no del

contrato de mutuo. Lo mismo sucede con el Recurso No. 226-2009 SLB, en el cual el Magistrado asevera que no se ha probado la existencia de un contrato ficticio; no obstante en los dos casos, si bien proceden con un análisis del hecho que originó la transacción, este análisis no es una ilustración vasta de la efectiva realización del hecho generador.

Puede ser que la conclusión anterior se deba al hecho que la en casación se analiza sí se interpretó y aplicó correctamente el derecho en el proceso<sup>87</sup>; no obstante, en el tema que nos interesa se verifica que no existe un análisis detallado de la existencia del hecho generador.

En el Recurso No. 544-2010 Acromax, la Sala analiza la existencia de un hecho generador, pero lo desvirtúa partiendo de premisas equivocadas, como lo explicaré en el punto 3.2.5. Así, la Sala considera que la Administración aunque discute la existencia del préstamo, en el fondo lo acepta puesto que tal como consta en las condiciones especiales descritas en el proceso, este contrato no tenía prohibición legal de ninguna naturaleza, pues cumple incluso con las obligaciones formales.

En el Recurso No. 442-2010 de AP, la Sala considera que la interpretación hecha por los Jueces de instancia respecto del artículo 17 del Código Tributario es errónea pues la realidad del préstamo realizado a su subsidiaria no corresponde a las

---

<sup>87</sup> Véase José Vicente Troya, “El Contencioso Tributario en el Ecuador”: Dentro de la orientación que puede darse a la casación, el Código Tributario, ha adoptado una posición ecléctica pues, la institución como está concebida tiene un fin netamente procesal, el de ser remedio al servicio de parte para purgar las sentencias de los errores de derecho, en los casos permitidos por la Ley, mediante la proposición de un recurso, no de una acción; y, además persigue un fin extra-procesal, uniformizar la aplicación e interpretación de la Ley y dictar normas generales obligatorias para casos análogos posteriores.

condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia una simulación relativa. Así la Sala establece que resulta claro que, aunque existe un acto jurídico auténtico, la verdadera intención es obtener un beneficio en contra de la recaudación tributaria. Finalmente, la Sala explica, cito textualmente, que “el fundamento teórico de la sentencia para aceptar la validez de la deducción son apreciaciones doctrinarias sobre el tema, pero también tienen igual peso otras opiniones que, sin duda y dilación, concluyen que la simulación en los convenios son con propósito de disminuir el pago de los impuestos”. Esta afirmación la analizaré en el punto 3.3.

En el análisis del primer capítulo se pudo establecer que la interpretación jurídica de una norma, atendiendo al efecto económico, significa establecer el correcto sentido de una disposición; este entendimiento de la regla jurídica tiene que relacionarse generalmente con el accionar del contribuyente para el establecimiento de una obligación tributaria y la forma como debe ser satisfecha<sup>88</sup>. De la mano de la interpretación jurídica de la norma analizamos el principio de realidad económica aplicable en los casos en los cuales, tanto el Legislador como la Administración Tributaria, exista un ocultamiento de la transacción o hecho económico verdadero para beneficio del contribuyente. No obstante como ya fue explicado en el punto 2.4 del presente trabajo, si bien este principio de realidad económica contemplado en el artículo 17 del Código Tributario prescribe la sustancia sobre la forma jurídica de las operaciones, mal puede el Juzgador o la Administración Tributaria aplicarlo en prescindencia de la forma jurídica regulada por la ley. Es decir, si la ley prescribe la hipótesis de la operación como lícita y se verifica el hecho generador de la misma, no se

---

<sup>88</sup> Pablo Egas Reyes, “La Interpretación Tributaria”, *Revista Memorias*, (VI Jornadas de Derecho Tributario, Editorial Cuenca, 2005), P. 49.

puede argumentar, bajo el criterio del principio de sustancia sobre la forma, que existe una operación diferente.

### **3.2.2. Existencia y validez del contrato de mutuo.**

En lo que respecta al análisis de suscripción o no del contrato de mutuo en las operaciones de los casos materia de análisis, vemos una tendencia repetida en los casos OCP (Recurso No. 497-2010) y el Recurso No. 226-2009 SLB, en los cuales los Magistrados explican la relación y concepto del contrato de Mutuo, hecho que no sucede en el Recurso No. 271-2010 AP. Adicionalmente, en el Recurso No. 226-2009 SLB, se explica detenidamente la relación del contrato de mutuo en las operaciones de subcapitalización, la definición del contrato mencionado, y su vigencia en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano, análisis que no se encontró en el Recurso No. 271-2010 AP así como tampoco en OCP (Recurso No. 497-2010). En el Recurso 601-2012 OCP encontramos una tendencia diferente. Empiezo el análisis por éste ultimo.

La Sala considera, en el Recurso 601-2012 OCP, que al tratarse de sociedades vinculadas las condiciones del préstamo que fuere otorgado a la empresa actora debieron ser realizadas bajo condiciones normales en las que rija el principio de arm's length principle o principio de tributación en situación de independencia, el mismo que busca que las sociedades vinculadas actúen como si dicha vinculación no existiera, en otras palabras, independientes entre si. Así, la Sala señala, sin mayor explicación, que la relación que debió existir entre OCP y su relacionada debió ser una relación deudor-acreedor. No obstante, resulta claro para la sala que no se trata de un acto jurídico de

mutuo auténtico puesto que la verdadera intención de OCP fue la de obtener un beneficio tributario.

En el Recurso No. 357-2011 OEPC la Sala analiza la naturaleza de la operación y se cuestiona, puesto que en la operación de la empresa únicamente se cubren intereses y no el capital, lo cual de pagarse, habría sido consecuencia de un verdadero préstamo. Consecuentemente, descarta la existencia de un contrato de mutuo.

En diferente línea, en el caso OCP (Recurso No. 497-2010), la Sala manifiesta que éste difiere de muchos en los cuales sí existe una subcapitalización ilícita; puesto que, existe un contrato suscrito por OCP y el Estado Ecuatoriano en el cual consta que para la construcción del oleoducto la financiación del proyecto corre a cargo de la empresa OCP, salvo su capital social que debe ascender a \$55.000.000, por consiguiente el crédito subordinado obedece a una relación contractual.

Asimismo, el Recurso No. 226-2009SLB también hace alusión al contrato de mutuo pero de manera pormenorizada. En cuando a la definición, se establece que el contrato de préstamo o mutuo, cuya definición consta en el artículo 2099 del Código Civil, es una obligación común y corriente en el mundo del comercio; afirma que éste está protegido por normas constitucionales y tratados internacionales que hablan del derecho a la libre contratación. Con este preámbulo, el Magistrado en mención delimita la primera conclusión importante para establecer la inexistencia de subcapitalización ilícita; así, afirma que siendo el mutuo un contrato reconocido por la Ley, la

Constitución y los Tratados Internacionales, mal podría la Administración Tributaria declarar que hubo simulación por parte del contribuyente SLB, sin probar que tal convenio fue ficticio, simulado o inexistente. De lo contrario, la parte actora no sólo que físicamente ha presentado el documento en el que consta la convención, sino que, oportunamente y cumpliendo las regulaciones emitidas por el Banco Central del Ecuador, demostró que fueron debida y oportunamente inscritas y registradas todas las obligaciones. Finalmente, en el Voto Salvado materia de análisis, el Magistrado hace énfasis en el hecho que el contrato de mutuo no sólo que no está impedido, sino que está previsto en la ley.

Entonces, el análisis no se debe agotar en la existencia de un contrato de mutuo o de una transacción para verificar la legalidad o no de la operación, sino también en el análisis de las disposiciones contenidas dentro del contrato de mutuo que permitan al Juzgador establecer la efectiva existencia del hecho generador, es decir de la operación lícita entre partes relacionadas.

### **3.2.3. Capacidad de endeudamiento.**

En el tema referente a la capacidad de endeudamiento, de los siete casos, solamente en OCP (Recurso No. 497-2010) existe un pronunciamiento al respecto.

En el caso OCP (Recurso No. 497-2010), la Sala establece que frente al hecho que la administración tributaria considera que existe subcapitalización por el análisis financiero de la empresa, la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos “Ship or Pay” suscritos con sus clientes lo cual no está prohibido por

nuestra legislación y le permitió contar con un préstamo de 900 millones de dólares.

Es menester aclarar que el contrato “Ship or Pay” es un acuerdo de transporte por medio del cual el productor debe cumplir sus obligaciones contractuales por la totalidad del volumen contratado, con prescindencia del volumen real transportado.

#### **3.2.4. Análisis financiero de la empresa.**

En el Recurso No. 497-2010 de OCP, la Sala menciona que la administración tributaria ha realizado un análisis financiero a la empresa actora para demostrar si su capacidad de endeudamiento le permitía acceder al préstamo materia de análisis.

Me parece importante analizar este punto, puesto que en ningún lugar la normativa requiere a la administración tributaria la formulación de dicho análisis financiero para determinar la existencia o no de subcapitalización.

Por lo anterior, realicé una visita al Departamento de Auditoría del Servicio de Rentas Internas con la finalidad de averiguar el por qué del proceder detallado en el párrafo anterior; mis dudas fueron absueltas por una funcionaria que solicitó que no se revele su nombre en el trabajo. Entonces, la explicación del por qué el SRI realiza un análisis financiero de la situación de la empresa previo a la calificación de simulación o no de un préstamo entre partes relacionadas responde al hecho de verificar la existencia o no de las condiciones financieras viables de la empresa para llegar a la conclusión que esta pudo acceder a un préstamo en cualquier entidad financiera.

En tal caso, entiendo de la aseveración anterior, si se cumplen todos los requisitos sería posible que una empresa acceda a un préstamo entre partes relacionadas.

No obstante de lo anterior, me gustaría citar un extracto del criterio del Servicio de Rentas Internas publicado en un medio de alta concurrencia:

“Un nuevo llamado a los contribuyentes hizo ayer el Servicio de Rentas Internas (SRI). Esta vez, la autoridad tributaria solicitó que se evite la utilización de la figura de subcapitalización, misma que estaría siendo mal aplicada a fin de disminuir el pago de impuestos.

El término corresponde a una herramienta utilizada bajo la denominación de planificación fiscal, que permite financiar sucursales con la figura de préstamos entregados por su casa matriz o por empresas relacionadas.

Dichos préstamos se registran como pasivos y generan intereses en lugar de un aporte de capital.

Con esto último se puede reducir la base imponible del Impuesto a la Renta y por ende al impuesto causado, al obtener una deducción fiscal por el concepto de pago de intereses.

Rentas Internas ya identificó este tipo de acciones en varios contribuyentes a los cuales se les desconoció el respectivo gasto, aplicando el Código Tributario.

Algunas de las actitudes que permiten a Rentas detectar la subcapitalización son, por ejemplo, que las transacciones se realizan entre empresas del mismo grupo económico, que los créditos no tienen las suficientes garantías para cubrir un incumplimiento de pago, que no existe un cronograma fijo de pagos, que las cancelaciones son usualmente de interés y se mantiene por pagar el capital y que los pagos se hacen en cantidades similares al valor necesario para generar una pérdida en el ejercicio económico.”<sup>89</sup>

De lo anterior es posible determinar que el SRI tiene claro el hecho que debe desconocer todo gasto de interés referente a préstamos entre partes relacionadas. Entonces, qué sentido tiene la realización de un estudio financiero de la empresa si la premisa principal es rechazar la deducibilidad el gasto de intereses por la sola condición de haberse realizado un préstamo entre partes relacionadas.

---

<sup>89</sup> Revista en línea Explored. Fecha de consulta 19 de febrero de 2015. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/sri-pide-evitar-la-subcapitalizacion-559709.html>

Vemos que de la teoría a la práctica hay un espacio abismal; entonces por más profundo y minucioso que pueda ser el estudio del caso, es muy posible que la Administración Tributaria mantenga su línea de análisis conforme lo comentado.

### **3.2.5. Pago de intereses y capital.**

El pago de intereses y capital es uno de los requisitos contemplados en la ley sine quae non para la procedencia de la deducibilidad de intereses y por consiguiente para la constatación de una subcapitalización lícita.

En los casos analizados, podemos decir que solo en uno de ellos los juzgadores cotejan el pago de capital y de intereses como elemento adicional para desvirtuar la simulación. Este caso es OCP (Recurso No. 497-2010); respecto de la presunción de simulación, la Sala establece que la compañía ha pagado los intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital (al momento de la elaboración de la sentencia), hecho que desvanece la presunción de simulación propuesta por la Administración Tributaria.

Esto no sucede en el Recurso No. 226-2009 SLB así como tampoco en Andes Petroleum. Sin embargo, en este último, la Sala hace un análisis corto en relación al tema de la subcapitalización y manifiesta que frente al problema jurídico de la glosa de intereses y comisiones al exterior, se trata de compañías relacionadas que no podrían beneficiarse de la deducción respectiva, por consiguiente, se trata de una provisión de fondos, como lo ha establecido el Tribunal a quo; no corresponde a un préstamo en condiciones normales en donde se debió haber cancelado el capital e intereses o realizar abonos al capital más los intereses, con lo que se evidencia la vinculación de las dos compañías.

En mi criterio, en el caso Andes Petroleum, la Sala parte de un criterio sesgado para el análisis de la existencia o no de una operación ilícita, puesto que manifiesta que se trata de compañías relacionadas y por ese simple particular no pueden beneficiarse de la deducción respectiva. Conforme la normativa analizada en el capítulo dos del presente trabajo, sabemos que la afirmación anterior no es verdadera; sí puede existir un préstamo entre partes relacionadas.

Llama también mi atención la argumentación de los jueces en el Recurso No. 544-2010 Acromax, en el que la Sala explica que queda un margen de duda sobre el destino de los intereses que son fruto del crédito. *La Administración establece la existencia de la provisión de valores para el pago de intereses, pero no determina si el pago llego a materializarse.* Al no existir el pago de los valores provisionados no pueden ser considerados como gastos deducibles dichos valores puesto que no existe el gasto que tiene que ser real.

La Sala llega a una conclusión equivocada por partir de premisas erróneas. El hecho que la administración Tributaria no haya demostrado el efectivo pago de los intereses, no significa que en la práctica nunca se pagaron.

Es en este punto que cobra importancia la debida argumentación jurídica; mediante el ejercicio argumentativo, el Juez busca una determinada moral racionalmente justificada y motivada que está direccionada hacia el contenido de la decisión, no hacia la forma en que se decide ni sobre quién se decide<sup>90</sup>.

La aseveración anterior, por exigua que parezca, es vasta en contenido; sabiamente contempla que la argumentación del Juez se direcciona al contenido de la

---

<sup>90</sup> César Montaña Galarza, *Tópicos Contemporáneos del Derecho Tributario: Argumentación Jurídica en Materia Tributaria*, (Ecuador; Editorial Cevallos, 2013), 87.

decisión, puesto que debe realizarse un desarrollo adecuado y coherente de los considerandos del fallo con la parte resolutive del mismo.

En los dos últimos casos citados, el Juez llega a una conclusión equivocada porque parte de premisas erróneas. En el punto 3.4. ahondaré en este tema.

Finalmente, en el Recurso 601-2012 OCP, en cuanto al pago de intereses, la Sala establece que claramente se puede establecer la existencia de una simulación puesto que los intereses fueron del 18% al 21% es decir una tasa superior a la vigente establecida por el Banco Central; este criterio lo analizaré en el punto 3.3 puesto que la consecuencia de que existe un interés superior no es la simulación; por el contrario, puede pactarse un interés superior, no obstante respecto de ese excedente debe realizarse una retención, y finalmente ese valor no es deducible.

### **3.2.6. Cumplimiento de otras obligaciones que establece la ley.**

Entre otras, la normativa ecuatoriana en el tema de subcapitalización establece que si los intereses pactados superan las tasas establecidas por el Banco Central, entonces se deberán emitir retenciones del excedente.

De los siete casos analizados, en el caso de OCP (Recurso No. 497-2010) se analizó esta premisa; la Sala corroboró su criterio con el hecho que la compañía ha demostrado el cumplimiento de la obligación material tributaria prevista en la norma puesto que el valor acordado de los intereses supera, en algunos casos, los establecidos por el Banco Central del Ecuador, por consiguiente procedieron al pago de las retenciones en la fuente de renta que excedieron los máximos legales.

En el Recurso 601-2012 OCP, en cuanto al pago de intereses, la Sala establece que claramente se puede establecer la existencia de una simulación puesto que los intereses fueron del 18% al 21% es decir una tasa superior a la vigente establecida por el Banco Central; no obstante, la consecuencia de que exista un interés superior no es la simulación; por el contrario, puede pactarse un interés superior, y respecto de ese excedente debe realizarse una retención, y finalmente ese valor no es deducible, conforme el proceder de OCP en el Recurso No. 497-2010.

### **3.2.7. Deducibilidad de Intereses.**

En cuanto en la deducibilidad de intereses, tanto en el Recurso No. 226-2009 SLB como en el Recurso No. 442-2010 de AP, se explica la normativa Ecuatoriana respecto de la deducibilidad de intereses, hecho que no sucede en los otros casos analizados. Así, en primer lugar, cita al numeral 3) del artículo 13 del texto original de la Ley de Régimen Tributario Interno, y explica que éste fue sustituido por el contenido del artículo 23 de la Ley 99-21 reformativa<sup>91</sup>, con el siguiente tenor:

Art. 13.- Pagos al exterior.- Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. Serán deducibles, y no estarán sujetos al Impuesto a la Renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente, los siguientes pagos al exterior:

(...) 3.- Los intereses de créditos externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales

---

<sup>91</sup> Ley 99-21, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 del 30 de abril de 1999.

fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha de registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito (....)”.

Con posterioridad, explica el Magistrado, que el numeral citado es sustituido por el siguiente<sup>92</sup>:

(...) 3.- Los intereses de créditos externos, exclusivamente pagados por créditos de gobierno a gobierno o concedidos por organismos multilaterales tales como el Banco Mundial, la Corporación Andina de Fomento, el Banco Interamericano de Desarrollo, registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha del registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito.

Por consiguiente, se explica en el voto salvado materia de análisis que, para el ejercicio 2008, no eran deducibles los pagos de intereses por los préstamos externos obtenidos por los sujetos pasivos, a no ser que sean los concedidos por los organismos señalados en la norma trascrita, a menos que se haya hecho la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, reforma que indudablemente perjudicaba a los prestatarios privados de créditos externos.

Con posterioridad, el Magistrado explica que surge la vital importancia de sustituir el tercer inciso del artículo 10, numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno por el siguiente:

---

<sup>92</sup> Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de Diciembre del 2007.

(...) 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."

Finalmente, el se llega al punto materia del presente análisis y que queda claro para la Sala que cuando el legislador quiso imponer restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior lo hizo, y en consecuencia en el 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.

De aceptarse la alegación del Servicio de Rentas Internas, 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 año 2001 no se admita la deducción por la aplicación que pretende hacer la Administración Pública Tributaria.

En suma al análisis anterior, en los dos casos analizados en este punto, se cita a la Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa de varias leyes<sup>93</sup>, que un su artículo 18 se

---

<sup>93</sup> Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa de varias Leyes, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 del 30 de julio del 2008.

interpreta a los artículos 67, 76 y 77 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, en el sentido de que los nuevos requisitos para que los intereses y costos financieros de créditos externos son deducibles de la base imponible para el cálculo de Impuesto a la Renta y susceptibles de retención en la fuente, y aplicables a los contratos de crédito registrados en el Banco Central del Ecuador a partir de la vigencia de la referida Ley.

Un análisis mucho mas concreto podemos ver en el Recurso No. 271-2010 AP; la Sala establece que para beneficiarse de la deducción de intereses y costos financieros provenientes de créditos externos, el contribuyente debe cumplir estrictamente con lo que establecen las leyes de la materia. Así, la sala hace alusión al artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente a la fecha que establecía:

Art. 13.- Pagos al exterior.- Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. Serán deducibles, y no estarán sujetos al Impuesto a la Renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente, los siguientes pagos al exterior:

(...) 3.- Los intereses de créditos externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha de registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito.

Así, la Sala ratifica el criterio del Tribunal a quo que en su sentencia establece que el proceder materia de análisis hace referencia a una figura de provisión de fondos entre empresas vinculadas y, al existir fallos emitidos por esta misma Sala respecto al

principio de realidad económica, principio que atañe a la forma y que es base a la seguridad jurídica; así como el de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad de pago, principio que es de carácter material y que conduce a que se haga prevalecer la sustancia sobre la forma, la Sala considera que el proceder del Tribunal a quo al aplicar lo establecido en las leyes de la materia es conforme a derecho. Concluye así la Sala que respecto de esta glosa existe un escenario de subcapitalización.

Sin embargo, el artículo 18 de la Ley Orgánica reformativa e interpretativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, regula lo siguiente:

*“(...) los intereses y costos financieros de créditos externos y pagos por arrendamiento mercantil internacional sean deducibles de la base imponible para el cálculo de impuesto a la renta y susceptibles de retención en la fuente, son aplicables a los contratos de crédito registrados en el Banco Central del Ecuador a partir de la vigencia de la referida Ley y a los contratos de arrendamiento mercantil internacional inscritos en el Registro Mercantil correspondiente a partir de la vigencia de ella. Los contratos de crédito registrados y los contratos de arrendamiento mercantil internacional inscritos con anterioridad, se someterán al régimen legal vigente a la época del registro o suscripción. Esta norma interpretativa, que tiene el carácter de transitoria, se aplicará hasta la finalización del plazo de los financiamientos o contratos de préstamo o de arrendamiento mercantil, sin que sea aplicable a las prórrogas, novaciones o cualquier modificación que afecte sus condiciones originales.” (Las cursivas me pertenecen)*

No podemos olvidar que el derecho privado se puede hacer todo lo que no está prohibido, por consiguiente, considero que el análisis de la Sala se extralimita a encasillar la operación por haberse realizado ésta entre partes relacionadas, y no necesariamente por su sustancia ni por las regulaciones legales en materia de subcapitalización.

### **3.2.8. Resolución adoptada por la Sala.**

Tanto en el caso OCP (Recurso No. 497-2010) como en el Recurso No. 226-2009 SLB la Sala falla a favor de la empresa y no de la Administración Tributaria, con excepción del Recurso No. 271-2010 AP en el cual se resuelve casar parcialmente la sentencia recurrida y dejar sin efecto únicamente la glosa de amortización de inversiones de producción.

En el Recurso No. 544-2010 Acromax, así como en el Recurso No. 357-2011 OEPC, en el Recurso No. 601-2012 OCP, y el Recurso No. 442-2010 de AP, la Sala confirma la glosa de subcapitalización.

Sin embargo, es preciso traer a colación que en el caso OCP (Recurso No. 497-2010) se revirtió la decisión judicial mediante una acción extraordinaria de protección planteada por la Administración Tributaria, en la cual, con fundamento en que los Juzgadores de Casación fueron más allá de su competencia al analizar la prueba, se acepta la acción planteada, y como medida resarcitoria, se dispone dejar sin efecto la sentencia emitida dentro del caso OCP<sup>94</sup>.

### **3.3. Valoración de los casos analizados.**

Previo a la valoración de los casos, quisiera acotar que si bien unos sí están motivados, todavía es clara necesidad de implementar en decisiones judiciales la esencia de la argumentación jurídica.

---

<sup>94</sup> Sentencia No. 132-13-SEP-CC emitida dentro del caso 1735-13-EP.

El concepto de racionalidad en la argumentación jurídica *per se* es ambiguo, pero para entenderlo, a ésta se le atribuyen dos dimensiones<sup>95</sup>: la primera es la dimensión teórica que establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerado como racional. Se exige que las teorías y conceptos tengan una estructura precisa, que sean claros y que estén libres de contradicción. Y la segunda dimensión es la práctica, ésta determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional. La racionalidad práctica expresa un sentido evaluativo de racionalidad que es relevante en el derecho cuando se analiza la toma de decisiones judiciales relativas a la aplicación de las normas jurídicas. En general se acepta que para ser racional una decisión de esta índole, debe ser susceptible de fundamentación correcta y en derecho. Lo anterior ocurre si su fundamentación puede ser enunciado en términos claros y consistentes respetando las exigencias de las premisas completas y saturadas; observando las reglas de la lógica, consistencia y coherencia.

Con este preámbulo, empiezo con la valoración del caso OCP (Recurso No. 497-2010). Si bien es cierto que la argumentación jurídica en este caso no es muy amplia, considero que los criterios de la Sala hacen alusión a puntos pertinentes y precisos respecto del fondo del asunto materia de análisis que es la subcapitalización y la estrecha vinculación de este tema con el contrato de mutuo.

En el fallo materia de análisis la Sala en primer lugar hace referencia a un contrato por medio del cual OCP acuerda con su parte relacionada que el financiamiento del proyecto correrá a cargo de ésta, es decir de su parte relacionada. Con este instrumento, la Sala llega a la conclusión que existe un instrumento privado que regula las condiciones del préstamo para que este pueda ejecutarse. Podríamos decir entonces

---

<sup>95</sup> Carlos Bernal Pulido, “La Racionalidad de la Ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77 (Edición 102), 51.

que en la especie si existe un contrato de mutuo.

Adicionalmente, en este mismo caso, si bien es cierto que la Sala no hace un análisis pormenorizado del tema, si hace alusión al hecho que dentro del proceso se ha demostrado que la parte actora tenía capacidad de endeudamiento para acceder al crédito acordado con su parte relacionada. Este es un punto de estricta importancia puesto que, si bien la ley no establece este requerimiento, cualquier sistema financiero hace un análisis previo del estado de situación financiera del prestatario con la finalidad de determinar si tiene capacidad de endeudamiento y por consiguiente capacidad de pago. Este análisis revela la efectiva realización de la operación de préstamo, ya que se constata que OCP contaba con una capacidad de crédito coherente con el préstamo solicitado. Lo anterior revela que al momento de la operación, tanto la parte relacionada de OCP como cualquier entidad financiera hubiera concedido la línea de crédito requerida porque la compañía mencionada si tuvo capacidad de endeudamiento. Concuero con el criterio de los Jueces al traer a colación en la sentencia el presupuesto de la capacidad de endeudamiento del OCP.

Por otro lado, respecto de la presunción de simulación alegada por la Autoridad Tributaria, en el Recurso No. No. 497-2010 OCP, concuerdo con el criterio de la Sala puesto que no extralimita su decisión a la verificación de los requisitos del artículo 10 de la LRTI; por el contrario, hace alusión al fondo de los mismos y afirma que no existe simulación del crédito, entre otras razones, porque la compañía ha pagado los intereses sobre el préstamo vinculado y el capital. Lo anterior revela que el análisis no se agota en la existencia de un contrato de mutuo para verificar la legalidad o no de la operación, sino también en el análisis de las disposiciones contenidas dentro del contrato de mutuo que permitan al Juzgador establecer la efectiva existencia del hecho generador, es decir de la operación lícita entre partes relacionadas.

Cuando me refiero a las -disposiciones del contrato de mutuo- hago alusión a las cláusulas mediante las cuales se pacten los intereses y el pago del capital. Existen casos de simulación, en sede administrativa, en los que las partes presentan como documento probatorio de la “licitud” de la operación un contrato de mutuo que a simple vista legitima la misma; no obstante, el contrato de mutuo no hace referencia la pago de capital, únicamente de intereses, hecho que levanta la sospecha de simulación e ilegalidad de la operación.

Respecto de este punto, en el Recurso No. 442-2010 de AP existe una aseveración de la Sala, sobre la cual ya hice referencia anteriormente pero ofrecí un análisis mayor. La Sala explica, cito textualmente, que “el fundamento teórico de la sentencia para aceptar la validez de la deducción son apreciaciones doctrinarias sobre el tema, pero también tienen igual peso otras opiniones que, sin duda y dilación, concluyen que la simulación en los convenios son con propósito de disminuir el pago de los impuestos”. Respeto plenamente la labor y criterio de los Jueces, entiendo que la argumentación jurídica es una labor técnica y muy complicada en la especie; no obstante, no comparto que la decisión en este caso se haya tomado al azar con dos doctrinas contrarias. Es decir, la primera doctrina predica la validez de los contratos de mutuo entre partes relacionadas, y la segunda establece que esta operación *puede* constituirse a partir de una simulación. Como se puede ver, las tendencias se bifurcan precisamente porque son extremadamente contrarias; entonces no concibo cómo los Juzgadores pueden analizar estas dos posibilidades de manera tan estrecha sin entender la magnitud de las consecuencias al llegar a una conclusión equivocada.

Existe una teoría llamada “integradora” de la argumentación jurídica que sostiene que cuando las decisiones jurídicas están justificadas internamente, es mandatorio para la interpretación de este tipo el hecho de cumplir de la misma manera

con esa justificación, teniendo así que encontrar su fundamento en una lectura unitaria y global del instrumento.<sup>96</sup> En la resolución anterior no podemos hacer una lectura interpretativa integradora puesto que la decisión final se basa en cierta doctrina por la que el Juzgador se inclinó al momento de resolver, y no necesariamente por el conjunto de normas vigentes al momento de emitir dicha sentencia.

Este ejercicio de interpretación global o integral de la norma permite el análisis de fondo de la operación de préstamo que es importante realizarlo, puesto que genera un panorama amplio y más claro tanto para la Autoridad Tributaria como para los Jueces de instancia correspondientes respecto de la veracidad de los hechos.

Finalmente, en el Recurso No. 497-2010 OCP, una vez constatada la veracidad y existencia del hecho económico, y analizados los requisitos del artículo 10 de la LORTI, la Sala constata que los intereses pagados por el contribuyente son superiores a los establecidos por el Banco Central; no obstante, OCP actúa de forma coherente y cumple con la obligación material tributaria prevista en la norma, puesto que efectúa retenciones en la fuente de renta respecto de los valores que excedieron los máximos legales.

Analizados todos los aspectos de manera conjunta, concuerdo con el criterio de la Sala que ha podido llegar a la conclusión que en el Recurso No. 497-2010 OCP no existe una simulación de un préstamo, así como tampoco un escenario de subcapitalización ilícita.

En el Recurso No. 226-2009 SLB, el Voto Salvado plasma un criterio más

---

<sup>96</sup> Cfr. Alexy, Robert, “Teorías de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 91.

profundo, que el resto de casos, respecto el contrato de mutuo así como de la evolución normativa de la deducibilidad de intereses. No obstante, el resto de requisitos que contempla la normativa no son tomados en cuenta por el Magistrado.

Nuevamente como primera conclusión del análisis del Recurso No. 226-2009, el Magistrado afirma que el contrato de mutuo está reconocido por la Ley, la Constitución y los Tratados Internacionales, y como consecuencia, mal podría la Administración Tributaria asumir que existe simulación sin antes probar que tal convenio fue ficticio, simulado o inexistente.

Contrario al criterio citado, en el recurso 601-2012 OCP, la Sala señala, sin mayor explicación, establece que la relación que debió existir entre OCP y su relacionada debió ser una relación deudor-acreedor; a partir de esto, resulta claro para la Sala que no se trata de un acto jurídico de mutuo auténtico puesto que la verdadera intención de OCP fue la de obtener un beneficio tributario. Vemos con claridad que no se analizan los elementos del mutuo solo se llega a una conclusión de simulación sin el estudio pormenorizados de los hechos.

Retomando el Recurso No. 226-2009 SLB, la Sala ratifica el hecho que tomando en cuenta que la Administración Tributaria no ha probado que el contrato de mutuo suscrito por SLB era ficticio, simulado o inexistente, entonces reconoce la validez del contrato, tomando en cuenta que en casación, no es pertinente realizar un nuevo análisis de la prueba, sino por el contrario, partir de los documentos procesales que ya constan en el juicio.

En el mismo caso, el magistrado hace un análisis de la evolución normativa en

materia tributaria respecto de la subcapitalización, y llega a la conclusión que si el legislador no impone restricciones para la concesión y deducción en el pago de intereses y préstamos efectuados desde el exterior, no le corresponde al Servicio de Rentas Internas a pretexto de realizar una interpretación de la "realidad económica" prevista en el art. 17 del Código Orgánico Tributario, poner condiciones para la deducibilidad de los préstamos.

Concuero con el criterio anterior; si el legislador no hace distinciones, no le corresponde a la Administración Tributaria hacerlas con fundamento en el artículo 17 del Código Tributario.

En este caso es importante destacar que no se hizo alusión a la verificación o no del hecho imponible; tampoco se hizo un análisis del capital en relación al valor del préstamo, para definir que si el valor del mutuo no excedía el 300% del capital de SLB; finalmente, tampoco se hizo referencia al monto de los intereses que no excedan los fijados por el Banco Central del Ecuador.

Un criterio diferente encontramos en el Recurso No. 271-2010 AP, en el cual la Sala llega a una conclusión errada, a mi criterio. En primer lugar explica que dos compañías relacionadas no pueden beneficiarse de la deducción por concepto del pago de intereses de un préstamo, afirmación que a mi criterio es sesgada. Si bien es cierto que las partes relacionadas tienen un tratamiento diferente, no es menos cierto que la ley no les impide celebrar contratos de mutuo entre ellas.

Inmediatamente, la Sala concluye que al hablar de un préstamo entre partes relacionadas existe una provisión de fondos y no un préstamo en condiciones normales en donde se debió haber cancelado el capital e intereses. Finalmente, la Sala cierra esta

premisa con la siguiente afirmación: “con lo que se evidencia la vinculación de las dos compañías”. Me parece bastante confusa la conclusión a la que llega la Sala puesto que no se puede concluir que dos empresas son relacionadas por el simple hecho que hayan suscrito un contrato de mutuo entre ellas. El artículo innumerado siguiente al artículo 4.3 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece en qué circunstancias se considera que existen partes relacionadas, y la suscripción de un contrato de mutuo no es una de ellas.

De manera similar, en Recurso No. 601-2012 OCP la Sala delimita la necesidad de tomar en cuenta el factor económico inclusive sobre las formas jurídicas para la calificación del hecho económico. Para efecto de la mencionada calificación, la Sala establece que existen ciertos elementos comunes que caracterizan a la subcapitalización entre ellos la vinculación de partes relacionadas; elemento a través del cual Sala llega automáticamente a la conclusión de la existencia de una subcapitalización ilícita de tipo nominal. Como ya ha sido analizado, la vinculación de empresas no les impide optar con financiamiento entre ellas, dicha operación no debe ser considerada de plano como simulación de un préstamo. En este Recurso, la Sala explica que “la subcapitalización nominal es en la cual la sociedad si dispone de suficientes medios financieros, aunque su capital escriturado no mantiene la adecuada proporcionalidad con la importancia y exigencia del objeto social. Entonces la financiación de la empresa se hace al margen del capital social y la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación de capital propio”; y esta doctrina es el fundamento de la Sala para constatar la existencia de una simulación. Es decir, no se cotejan los hechos con el derecho y la realidad económica, solo se vinculan automáticamente la doctrina con el hecho que la compañía solicitó un préstamo a su

parte relacionada, y considera la Sala que este dato es suficiente para concluir lo anterior.

En lo que respecta a la deducción de intereses y costos financieros provenientes de créditos externos, en el Recurso No. 226-2009 SLB, la Sala ratifica el criterio del Tribunal a quo que considera que existe una figura de provisión de fondos entre empresas vinculadas. Debo manifestar que en este caso no se analizaron todos los requisitos para establecer si el escenario de subcapitalización es lícito o ilícito. Por el contrario, en este caso se consideró que existe una provisión de fondos y por ende una subcapitalización ilícita por el simple hecho de existir un contrato de mutuo entre partes relacionadas; premisa que a mi criterio es apresurada y responde a una falta de análisis de todos los elementos indispensable que permiten al juzgador tener un panorama completo de la operación.

Ahora, puede ser que una vez analizados todos los elementos se compruebe la existencia de una subcapitalización ilícita, esta bien, puesto que lo importante es tener un análisis completo de todos los factores que componen el hecho para determinar la verdad y licitud de la operación materia de estudio.

### **3.4. Perspectivas jurídicas entorno a las tensiones y debilidades que presenta la subcapitalización.**

Una vez analizados los casos propuestos, es posible llegar a las siguientes conclusiones con la finalidad de establecer propuestas y sugerencias.

En primer lugar, la Administración Tributaria debe analizar el hecho económico de la operación, con la finalidad de establecer un panorama preliminar. El estudio del hecho económico está compuesto del análisis de todos los requisitos contemplados en la ley, siendo estos los elementos constantes en el artículo 13 (LORTI) para la deducibilidad de los intereses pagados, así como también todas las disposiciones normativas que permitan establecer la licitud de la operación, como por ejemplo el mandato legal que regula el contrato de mutuo.

Es menester realizar un análisis global de la normativa, el agotar el análisis en uno de los requisitos, o en el hecho que las partes suscriptoras del contrato de mutuo sean relacionadas, no constituye un análisis completo de la operación y puede conllevar a adoptar conclusiones sesgadas.

De la mano del punto anterior, es decir del análisis global de la normativa así como también de los requisitos que esta contempla, es importante que el juzgador detalle y motive punto por punto los elementos que contempla la ley, con la finalidad de dejar constancia de su procedencia o no. El argumentar jurídicamente implica una “actividad que coadyuva para la legitimación de la sentencia, cuyo elemento central es el lenguaje, a través de una serie de enunciados, de premisas, de una relación de premisas, y de una provisión de una concreta conclusión que pretende ser correcta o, al menos, de amplia aceptación”<sup>97</sup>.

Finalmente, en mi criterio, la Administración Tributaria no debe usar la hipótesis del artículo 17 del Código Tributario para desconocer normas expresas, claras

---

<sup>97</sup> César Montaña Galarza, *Tópicos Contemporáneos del Derecho Tributario: Argumentación Jurídica en Materia Tributaria*, (Ecuador; Editorial Cevallos, 2013), 87.

y públicas que permiten operaciones de financiamiento lícito. El objetivo del principio de realidad económica es el de desenmascarar operaciones disfrazadas que pretenden evadir la carga impositiva, más no operaciones reales dispuestas y aceptadas por la normativa Ecuatoriana vigente.

#### 4. CONCLUSIONES

En el presente trabajo la interrogante se centró en establecer si mediante la suscripción de un contrato de mutuo entre partes relacionadas se incurre automáticamente en una subcapitalización ilícita, tal como lo establece la normativa ecuatoriana, tomando en cuenta que la prestamista cuenta con capacidad de endeudamiento y cumple con la obligación de pago como crédito subordinado que nace de la relación contractual, sin simulación.

En el desarrollo de la tesis se estudió críticamente la problemática de la subcapitalización y las tensiones con el contrato de préstamo o mutuo, teniendo en cuenta el debate de la substancia sobre la forma de la operación. De este análisis hemos podido llegar a las siguientes conclusiones.

En lo que respecta a la problemática en torno a la subcapitalización y al contrato de préstamo o mutuo plasmada en la doctrina, el objetivo planteado en la presente tesis radicó en determinar las tendencias adoptadas por importantes corrientes doctrinarias respecto de la subcapitalización lícita así como la subcapitalización ilícita; con la finalidad de determinar en qué escenarios se existe un contrato de mutuo lícito entre partes relacionadas.

Del estudio formulado hemos podido observar que en la doctrina se reconoce que, de forma genérica, cualquier contrato de mutuo firmado entre dos sociedades o empresas, por medio del cual se pacte un préstamo de dinero como cosa fungible y, sea oneroso, es decir que requiera ser pagado o devuelto el dinero prestado, inclusive con

intereses; constituye un contrato lícito, perfectamente viable y conforme a la normativa nacional.

A partir de la conclusión anterior, procedimos al análisis de la subcapitalización, o infracapitalización societaria en la doctrina, para determinar las inclinaciones en la literatura jurídica respecto del tema. Encontramos dos tendencias claras respecto de la subcapitalización, que aclaro, responden a dos criterios contrapuestos. Por un lado la doctrina que entiende a la subcapitalización como una forma de financiación que utilizan las empresas de un mismo grupo económico, con la finalidad de encubrir o distorsionar la aportación real de capital dentro de la estructura de la participación patrimonial. Por otro lado, la doctrina que entiende que una empresa puede estar subcapitalizada cuando por la necesidad de financiamiento, acude a un préstamo con una parte relacionada y, se desprograma su capital con la finalidad de cumplir metas o su objeto social, (este concepto también es conocido en el mundo societario como infracapitalización); esta finalidad puede llevarse a cabo puesto que cuenta con el financiamiento externo que pudo haber sido proporcionado tanto por un banco, como por una parte relacionada.

Entonces, el estudio mencionado nos llevó a determinar que existe subcapitalización lícita cuando una empresa requiere un préstamo o mutuo y acude a una parte relacionada, y usa la figura de un mutuo comercial; como consecuencia de esto, logra que los intereses del préstamo se integren en la base imponible del prestatario (prestatario) como gasto deducible. Así, se obtiene no solo el financiamiento requerido, sino también un beneficio fiscal. Asimismo, existe un escenario contrario al precedente, cuando se usa esta figura de manera fraudulenta aparentando un préstamo inexistente, o

cuando existiendo el préstamo se acuerdan entre partes relacionadas intereses elevados como forma útil de adelantar utilidades y no se cumplen los supuestos que establece la ley, constituyéndose así una subcapitalización ilícita.

Ahora, como la doctrina nos plantea estos dos escenarios, procedimos a analizar cómo el Juzgador, o con qué fundamento, puede adoptar el criterio correcto para resolver; la respuesta se encuentra en el principio de realidad económica y la correcta aplicación de éste. Éste es el instrumento que permite al Juzgador entender el efecto económico de una norma jurídica frente a las formas o ritualismos jurídicos adoptados. No obstante, con esta solución se generó un nuevo problema, el hecho que los Juzgadores y/o la Administración Tributaria se valgan de este principio y paralelamente prescindan de las normas jurídicas vigentes que permiten ciertas operaciones legítimas.

Empero, logramos sobrellevar este inconveniente estableciendo que la aplicación del principio de realidad económica en materia tributaria como instrumento para entender tanto el efecto económico de una norma jurídica como la materia sobre la cual recae el tributo, es un complemento para la interpretación jurídica; es decir, la interpretación jurídica y el principio de realidad económica son concurrentes, no deben apreciarse por separado, para de esta manera buscar el sentido y alcance de una norma con el fin de trasladar el derecho vigente a la realidad.

Era necesario entonces, la examinación crítica del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el tema de subcapitalización, para determinar la orientación y cuestiones complejas que tiene la política normativa vigente y, sus posibles derivaciones prácticas.

Es por esto que avanzamos con el estudio respecto de las tensiones para apreciar el hecho generador mediante el análisis global de la normativa ecuatoriana. El ordenamiento jurídico Ecuatoriano reconoce al contrato de mutuo como un instrumento válido y acepta el hecho que las empresas opten por financiarse a través de sus partes relacionadas. Existe normativa vigente que aprueba que los intereses pagados a partir de esa operación puedan ser considerados como un gasto deducible<sup>98</sup>. A partir de lo mencionado, llegamos a la conclusión que sí es lícito el hecho que una empresa se financie a través de un contrato de mutuo con una parte relacionada y que dichos intereses sean deducibles, siempre que cumplan los requisitos que establece la ley; por consiguiente, el hecho generador de una operación con las características anteriores puede ser perfectamente la necesidad de financiamiento y no siempre la simulación.

Sin embargo, luego del estudio formulado, vemos que la Administración Tributaria determina al hecho generador realizando un análisis de la capacidad económica de la empresa y de la situación financiera. Este proceder, si bien no consta como requisito en la normativa, se ha constituido como un elemento práctico concurrente para la administración Tributaria y para los juzgadores que les permite determinar la esencia de la operación materia de análisis.

Abordada la casuística ecuatoriana, pudimos verificar en este trabajo que en la mayor parte de los casos se deslegitima la operación con fundamento en el principio de realidad económica, por el simple hecho de estar constituida ésta entre partes relacionadas, y se la considera como una operación ilícita. Es decir, en la actualidad, la

---

<sup>98</sup> Ver capítulo 2 del presente trabajo.

tendencia de los juzgadores se inclina a sancionar toda operación entre partes relacionadas y a considerar ésta como una aportación de capital.

Se pudo verificar que el principio de realidad económica o de sustancia sobre la forma se ha constituido como un mecanismo de las autoridades para prescindir de las formas jurídicas existentes sin considerar que éstas y su efectiva vigencia habilitan a los contribuyentes para actuar conforme dichas formas. Analizado este factor, fue materia de propuesta en el presente trabajo, tomando en cuenta que la Autoridad Tributaria condena todas las operaciones de subcapitalización como ilícitas siempre que participen dos partes relacionadas, que se considere que los elementos de la subcapitalización ilícita son varios, no solo el supuesto de hecho en el cual estén inmersas las partes relacionadas. Empero, analizados todos los elementos que la norma citada establece para que los intereses pagados a partes relacionadas sean deducibles y por consiguiente la operación sea legítima, y de concurrir éstos, estaremos frente a un supuesto de infra capitalización o subcapitalización lícita, el cual sugerimos que no deberá ser sancionado por aplicación del principio de legalidad.

Aplicando la alternativa anterior, planteamos que solo puede determinarse si una estructura financiera entre partes relacionadas se encuentra subcapitalizada a través del método subjetivo, es decir; el análisis individualizado del endeudamiento de la sociedad para comprobar si ésta cumple o no con las disposiciones de la norma para considerarse lícita, caso contrario será una operación ilícita.

En muchos casos demostramos la existencia de falta de argumentación jurídica y por consiguiente una vulneración al derecho constitucional que protege la seguridad

jurídica, tanto de la administración tributaria, como de los juzgadores; al no analizar de manera subjetiva los casos materia de litigio y asociar directamente a todas las operaciones de subcapitalización como estructuras ilícitas.

Finalmente, hago un llamado a la legalidad y a la interpretación y lectura global de la normativa. En aplicación del principio pro contribuyente, así como también de los derechos constitucionales de los ecuatorianos, es justicia, y así se ha establecido en la Constitución, el tener acceso a una sociedad en la que existan reglas claras y amparadas de seguridad jurídica. La inestabilidad gubernamental no debe quebrantar el aparato legislativo así como tampoco atropellar la independencia judicial. Consecuencia del incumplimiento de lo anterior ocurre que se inobserven normas y se tergiversen interpretaciones en pro de la recaudación fiscal obviado los derechos de los contribuyentes y ciudadanos. Aterrizando en el presente estudio, como ya fue mencionado a manera de conclusión, es menester el análisis individual y subjetivo del caso concreto para establecer la existencia o no de una operación de subcapitalización lícita o ilícita

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. “Teorías de los Derechos Fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 91.
- Amatucci, Andrea. *Tratado de Derecho Tributario*, Bogotá: Editorial Temis, 2001.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Ecuador; Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Bernal Pulido, Carlos. “La Racionalidad de la Ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 77 (Edición 102), 51.
- Calvo Salinero, Rafael. *La Subcapitalización de Sociedades frente al Derecho Comunitario, en XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*, Lisboa: ILADT – AFP, 1998.
- Carames Ferro, José. *Curso de Derecho Romano*, Argentina; Editorial Perrot, 9na Edición.
- Cordón Exquerro, Teodoro. *La Subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación, en Manuel de Fiscalidad Internacional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001.
- Código Civil, Art. 2099. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de Junio de 2005.
- Cubides Camacho, Jorge. *Obligaciones*, Fundación Cultural Javeriana: Bogotá.
- Directrices aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y Administraciones tributarias" –Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration / Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des Administrations fiscales, OCDE, Paris, 1995.
- Egas Reyes, Pablo. “La Interpretación Tributaria”, *Revista Memorias*, VI Jornadas de Derecho Tributario, Editorial Cuenca, 2005.
- Escobar Geywitz, Tamara. *Nociones de Derecho para la Planeación Fiscal*, Chile: Editorial Magril Limitada, 2012.
- Expediente de Casación 226, Registro Oficial Suplemento 368 de 23 de noviembre de 2012.
- Expediente 226, Registro Oficial Suplemento 368, 23 de Noviembre del 2012. No. 226-2009
- Gaceta Judicial, Año CIII, Serie XVII, No. 9, p. 2966.
- Gaceta Judicial No. 29-I-1999, Expediente No. 46-99, Primera Sala, R.O. 143 de 8-III-1999.

- Gaceta Judicial No. 30-XI-1999, Resolución No. 584-99, Primera Sala, R.O. 349 de 29-XII-1999, fallo de triple reiteración.
- Gaceta Judicial. Año LII. Serie VII. Nro. 4. Pág. 333.
- Gaceta Judicial S. No. 170, 16-III-25, p. 1396.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, España; Editorial Civitas, 1997.
- García Novoa, César. *Forma y sustancia en los Convenios de doble imposición internacional*, Argentina; Editorial Arco de Rodolfo Depalma, 1998.
- Gilberto Villegas, Carlos. *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Argentina; Editorial I.S.B.N., 2005.
- González García, Eusebio. *El principio de legalidad tributaria en la Constitución Española de 1978*, España; Universidad de Salamanca, 1989.
- Gómez Moreno, Jorge. *El préstamo de Dinero a Interés a Título de Mutuo Comercial*, Colombia: Editorial Jorge Plazas S., 1976.
- Gotlib, Gabriel. *Vicios y mitos de la interpretación tributario*, Editorial Abaco, 2005.
- Hamilton, Robert W. *Fundamentals of Modern Business*, Boston, Editorial Little Brown, 1989.
- Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición, actualizado al 2013. Edición Electrónica.
- Jarach, Dino. *El Hecho Imponible*, Abeledo-Perrot.
- Ley 99-21 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de Diciembre de 2007.
- Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa de varias Leyes, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 del 30 de julio del 2008.
- Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria , Publicada en el Suplemento del Registro Oficial 94 de 23 de diciembre de 2009.
- Lobo Torres, Ricardo. *Legalidad tributaria y armonía entre poderes del Estado*, Argentina; Editorial Arco de Rodolfo Depalma, 1998.
- López Espadafor, Carlos M. *La doble imposición interna*, España; Editorial Lex Nova, 1999.
- Montaño Galarza, César. “El deber de pagar tributos y los principios de legalidad y de reserva de ley en la Constitución del Ecuador de 2008”, *Revista de Derecho FORO*, Quito; Editorial Ecuador, 2011.

- Montaño Galarza, Cesar. *Manual de Derecho Tributario*, Quito; Corporación Editora Nacional, 2006.
- Montaño Galarza, César. *Tópicos Contemporáneos del Derecho Tributario: Argumentación Jurídica en Materia Tributaria*, Ecuador; Editorial Cevallos, 2013.
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Ecuador; Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Morán Bovio, David. *El Contrato de Préstamo Mercantil*, España; Editorial Ariel S.A., 2006.
- Palao Taboada, C., “La subcapitalización y los convenios de doble imposición”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Ed. Estudios Financieros, núm. 137/138, 1995.
- Pietro Sanchís, Luis. *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*, España; Editorial Trotta S.A., 2003.
- Plazas Vega, Mauricio. *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Colombia; Temis, 2000.
- Troya, José Vicente. *Derecho Formal Administrativo Tributario*, Quito; Material de Clase.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *Taxation and Human Rights*, Inédito; Róterdam, 2000.
- Recurso No. 226-2009 de 27 de julio de 2010.
- Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*, Consejo Editorial, No. 46: Caracas, 2001.
- Revista en línea Explored. Fecha de consulta 19 de febrero de 2015.  
<http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/sri-pide-evitar-la-subcapitalizacion559709.html>.
- Sentencia No. 132-13-SEP-CC emitida dentro del caso 1735-13-EP.
- Simone Lasso, Carmen. “El Principio de Realidad Económica: Un análisis de su aplicación en la Jurisprudencia de Casación Tributaria Ecuatoriana”, *Revista Ruptura*, No 55, Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 201.
- Saccone, Mario Augusto, *Manual de Derecho Tributario*, Argentina; Editorial La Ley, 2da Edición, 2005, 60.
- Vega Borrego, Félix Alberto. *La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2002. Crónica Tributaria N° 104.

Villalobos Ortiz, María del Consuelo. *El principio de legalidad en materia tributaria a la luz del Derecho Constitucional Mexicano*, México; Universidad Autónoma de México, 1989.

Villegas, Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios*, Argentina; Editorial I.S.B.N., 2005.