

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

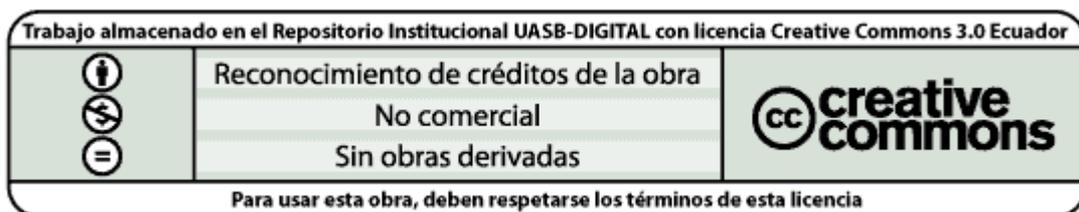
Mención en Derecho Tributario

**Las medidas anti-paraíso vigentes en el ordenamiento jurídico
ecuatoriano para contrarrestar la utilización de los paraísos
fiscales**

Autora: Jahaira Estefanía Carvajal Gaibor

Directora: Carmen Amalia Simone Lasso

2015



Cesión de derechos de publicación

Yo, Jahaira Estefanía Carvajal Gaibor, autora de la tesis titulada “**Las medidas anti-paraíso vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para contrarrestar la utilización de los paraísos fiscales**”, 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 Magister en Derecho con mención 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 formato virtual, electrónico, digital u 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 autora 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.

Firma:

Resumen

El presente trabajo de investigación supone un estudio doctrinario y análisis normativo de las *medidas anti-paraíso vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para contrarrestar la utilización de los paraísos fiscales*; además, supone un estudio comparativo de nuestra legislación con los demás países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (Colombia, Perú, Bolivia) y un país europeo que ha manejado bien este tema como es España.

Mediante este trabajo académico se busca que el lector, pueda conocer sobre un tema de actualidad, *los paraísos fiscales*, que se ha convertido en el dolor de cabeza de las Administraciones Tributarias que manejan una tributación ordinaria, pues su uso produce la fuga de capitales.

Poco o casi nada se ha escrito en nuestro país sobre *los paraísos fiscales*, por lo que resultó complejo el uso de bibliografía nacional, pero en base a la doctrina internacional y unificando criterios doctrinarios hemos podido desarrollar sobre temas importantes como son: sus antecedentes; definición, teniendo en cuenta que difería conforme cuanto doctrinario haya escrito sobre este tema; las principales características de este tipo de territorios conocidos como de baja o nula tributación; las principales razones de utilización de estos territorios que tienen los no residentes; los tipos de medidas anti-paraíso que han sido creadas por las distintas Administraciones Tributarias, para combatir el uso por parte de sus contribuyentes de paraísos fiscales.

Se ha puesto énfasis en conocer el tratamiento fiscal (eliminación de ventajas fiscales), que en nuestro país ha creado para operaciones, negocios o actividades económicas que tengan algún tipo de relación con paraísos fiscales para justamente neutralizar o desincentivar el uso de estos territorios por parte de sus contribuyentes.

Con nuestra investigación nos fijamos responder la interrogante medular de nuestra tesis ¿De acuerdo a la experiencia y práctica internacional, son suficientes las medidas anti-paraíso que se ha establecido en el Ecuador, respecto al impuesto sobre la renta?

Concluyendo que, de acuerdo a la experiencia y práctica internacional, es necesario la inserción de nuevas medidas anti-paraíso que podrían resultar eficientes en nuestro país.

Dedicatoria

A Dios.

A mis padres

A mis hermanos

A mis sobrinos

A mis alumnos

A mi directora de tesis

Índice

Introducción.....	7
1. Capítulo primero Los paraísos fiscales y las medidas anti-paraíso. Aspectos históricos y conceptuales.....	10
1.1 Paraísos fiscales	10
1.1.1 Antecedentes.....	10
1.1.2 Definición	13
1.1.3 Características.....	15
1.1.4 Principales razones y efectos de la utilización de paraísos fiscales	18
1.2 Medidas anti-paraíso.....	22
1.2.1 Desarrollo.....	22
1.2.2 Definición	24
1.2.3 Tipos	24
1.3 Práctica internacional de las medidas anti-paraíso	27
2. Capítulo segundo Las medidas anti-paraísos. Análisis comparado entre Ecuador, España y los estados miembros de la CAN	32
2.1 Régimen tributario interno ecuatoriano	32
2.2 Criterios de calificación de paraísos fiscales en Ecuador	34
2.3 Criterios de calificación en España, Perú, Colombia y Bolivia.....	39
2.4 Medidas anti-paraíso.....	41
2.5 Análisis comparativo sobre paraísos fiscales entre Ecuador, España y los Estados miembros de la CAN.....	53
2.6 Las medidas anti-paraíso en España y los Estados miembros de la CAN (Colombia, Perú y Bolivia).	55
3. Capítulo tercero Medidas anti-paraíso. Análisis propositivo.....	70
3.1 Medidas anti-paraíso. Reformas necesarias.....	70
3.2 Régimen de transparencia fiscal internacional	72
3.3 Régimen de transparencia fiscal internacional en España	73

3.4	Reforzamiento de la cooperación internacional.....	75
	Conclusiones:	77
	Recomendaciones:.....	79
	Glosario	81
	Bibliografía.....	84

Introducción

Si bien el fenómeno de los paraísos fiscales no es de reciente data, es menester precisar que la atención brindada a su problemática por parte del legislador ecuatoriano y de las autoridades fiscales fue bastante tardía. En efecto, no es sino hasta fines del año 2007, mediante la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador (LRET), que se incorporan al ordenamiento jurídico-ecuatoriano una serie de medidas explícitamente dirigidas a contrarrestar o neutralizar prácticas que involucran la utilización de los contribuyentes de territorios o jurisdicciones, que en razón de sus incentivos fiscales, han provocado una ingente deslocalización de capitales.

Tal deslocalización se ha intensificado en virtud del proceso de mundialización de la economía, al cual le subyace el principio de libre circulación de capitales, es decir la ausencia de impedimentos al movimiento transfronterizo de capitales. Esta situación se ha visto facilitada por efecto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que permiten que en cuestión de segundos se encuentren transferidos activos a cuentas de instituciones bancarias que funcionan en algún paraíso fiscal.

El uso de los paraísos fiscales por parte de los contribuyentes, en un modo predominante, tienen como objetivo la elusión o la evasión fiscal. Esto ha obligado a los Estados a implementar una *Controlled Foreign Company Legislation* (CFC), a fin de contrarrestar los efectos que produce dicho fenómeno, que se materializa entre otras formas, a través de la creación de *sociedades offshore*.

Justamente las medidas anti-paraíso buscan desalentar este tipo de estructuras societarias, mediante diversos dispositivos, a saber: a) la implementación de un régimen de precios de transferencia, b) la imputación directa a las sociedades controlantes, c) restricciones a la deducción de costos y gastos soportados por sociedades residentes en favor de *sociedades offshore*.

A esta tendencia o cruzada mundial de combate se han unido progresivamente distintos países. En este sentido, cabe subrayar que el papel que ha venido cumpliendo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la cual no sólo ha liderado la ofensiva en contra de los paraísos fiscales, sino que también ha establecido una serie de lineamientos y

recomendaciones que de una u otra forma se han ido incorporando a los ordenamientos jurídicos de algunos Estados.

En efecto, Ecuador en la actualidad cuenta con una exigua normativa que tiene como finalidad desincentivar la utilización de paraísos fiscales por parte de los contribuyentes; sin embargo, su implementación no ha estado ausente de obstáculos, de ahí que surja la interrogante medular de nuestra tesis: ¿De acuerdo a la experiencia y práctica internacional, son suficientes las medidas anti-paraíso que se ha establecido en el Ecuador respecto al impuesto sobre la renta?

A fin de responder a la pregunta antes planteada, se estudiará las medidas anti-paraíso que se encuentran en vigor en el ordenamiento jurídico-tributario del Ecuador, a fin de valorar su pertinencia y efectividad, para lo cual nos serviremos de los aportes conceptuales en materia de fiscalidad internacional que algunas legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia comparada han ido formulando en los últimos años.

No obstante, la dilucidación del problema central se complejiza si previo a ello no se aborda tópicos transversales de índole histórico-conceptual que favorezcan su comprensión. Así pues, se fijan como objetivos específicos los siguientes:

En el primer capítulo estudiar los antecedentes históricos, conceptuales y características de los paraísos fiscales y de las medidas anti-paraíso, logrando entender el problema de los paraísos fiscales en un contexto internacional; para que en el segundo capítulo se pueda realizar un estudio comparado de las medidas anti-paraísos previstas en Ecuador, con los demás países que conforman la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, y Perú) y España; pudiendo en el tercer capítulo plantear medidas complementarias que pueden incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico tributario que coadyuven al desincentivo del uso de paraísos fiscales.

Hay que señalar que entre los múltiples factores que inciden en una regulación, en los últimos años, cada vez más profunda y agresiva por parte no sólo del gobierno ecuatoriano, sino de un número importante de gobiernos en el mundo, se destaca, sobre todo, la significación que hoy en día tiene la recaudación tributaria dentro de los presupuestos estatales. Siendo éstos

últimos perjudicados por las intensas fugas de capitales y la deslocalización de las bases imponibles.

Por tanto es la misma coyuntura social, económica y jurídica mundial la que ha incidido en el profundo interés por estudiar el fenómeno de los paraísos fiscales, cuyos efectos trascienden las cuestiones meramente tributarias, puesto que su afectación finalmente repercute en la misma sociedad.

Finalmente, el trabajo de investigación tiene una perspectiva dual, pues no se limitará a describir las medidas que se encuentran en vigor en el régimen jurídico ecuatoriano (perspectiva descriptiva), sino que intentará en base al análisis de la legislación y doctrina comparada establecer la posibilidad de adoptar nuevos mecanismos para contrarrestar la utilización de los paraísos fiscales que tengan como propósito eludir o evadir el impuesto sobre la renta, o en su defecto proponer reformas a los ya existentes (perspectiva prescriptiva).

1. Capítulo primero

Los paraísos fiscales y las medidas anti-paraíso. Aspectos históricos y conceptuales

1.1 Paraísos fiscales

1.1.1 Antecedentes

El fenómeno de los paraísos fiscales no es de reciente data, pues su origen se retrotrae a la década de los treinta del siglo pasado. A este respecto, Baker señala que “el sistema de los paraísos fiscales fue inventado por los suizos, y circunscrito en la ley bancaria de 1934, que hizo del secreto bancario una política de Estado”.¹ En análogo sentido se pronuncia Riveiro, quien advierte la coincidencia genética entre las leyes suizas y el surgimiento de los *tax havens*.²

En efecto, el país helvético *a contrario sensu* de las demás naciones europeas, a fin de afrontar las repercusiones económicas y financieras que devinieron de la Primera Guerra Mundial, promovió una normativa bancaria bastante atractiva. Es así, que la Ley bancaria de 1934, aludida en líneas anteriores, situó el secreto bancario bajo la esfera tuitiva del derecho penal, siendo criminalizada la divulgación de información por parte de los directivos bancarios suizos “aun si fuera realizada al propio gobierno”.³

Si bien el accionar primigenio de Suiza constituye la semilla de los paraísos fiscales, su desarrollo y proliferación histórica se la ha vinculado con el incremento progresivo de las tasas impositivas que se producen en algunos países. De hecho esta situación ha sido aprovechada por territorios o jurisdicciones, que con el objetivo de atraer capitales e inversiones extranjeras

¹Paraísos fiscales, la gran evasión, Televisión Española, 2012 <<https://www.youtube.com/watch?v=zIs9gMqKuyw>>. Consulta: 20 de agosto de 2014.

² Ricardo E. Riveiro, *Paraísos fiscales: aspectos tributarios y societarios*, (Buenos Aires: Integra Internacional, 2001), 182. En contraste, José María Peláez Martos sugiere que: “Los paraísos fiscales tuvieron su origen como territorios que servían de refugio a bucaneros y piratas y que, a cambio de no ponerles trabas, podían depositar en dichos territorios el resultado de su actividad delictiva”. Vid. ¿Hasta cuándo los paraísos fiscales?, Inspectores de Hacienda del Estado, 2008, en <<http://www.inspectoresdehacienda.org/attachments/Documento26.pdf>>. Consulta: 15 de noviembre de 2014.

³ Riveiro, “Paraísos fiscales”, 178.

ofrecen una legislación flexible, que proporciona al extranjero una estricta confidencialidad, y baja o nula fiscalidad.

Tales incentivos han provocado una ingente deslocalización de capitales, intensificada en virtud del consabido proceso de mundialización de la economía, al cual le subyace el principio de libre circulación de capitales, es decir la “ausencia de restricciones a la movilidad transfronteriza de capitales”.⁴ Esta situación se ha visto allanada por efecto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que permiten que en cuestión de segundos se encuentren transferidos activos a cuentas de instituciones bancarias que funcionan en algún paraíso fiscal.

El escenario descrito ha repercutido en la configuración de una “competencia fiscal perniciosa”,⁵ pues la lucha por brindar las mejores condiciones para atraer capital extranjero, provoca el establecimiento de ventajas fiscales para sujetos no residentes, a las cuales se suma un proceso de flexibilización normativa, de dimensiones tales que impide que exista un control adecuado de los capitales que receptan, pudiendo en consecuencia servir no sólo para fines de ahorro u optimización fiscal, sino también para el blanqueo de capitales que provienen del crimen organizado o de políticos corruptos.

Tal competencia lesiva se refleja, además, en la sustracción de la base imponible de otros Estados, los cuales muchas veces se ven obligados a fin de compensar sus pérdidas a incrementar los impuestos ya existentes, a crear unos nuevos, o a recortar ciertos derechos básicos de la ciudadanía, afectando así a las clases económicas menos favorecidas. En este sentido Robert Roach advierte que: “[...] cada céntimo que un contribuyente no paga, porque ha incumplido su obligación enviando el dinero a un paraíso fiscal, es otro céntimo que un contribuyente honesto deberá pagar en su lugar para financiar el gobierno”.⁶

Como se puede deducir, los efectos de la utilización de paraísos fiscales trascienden el perjuicio al Estado como tal; puesto que, por añadidura,

⁴ Eduardo Sanz Gadea, “Transparencia fiscal internacional”, en Teodoro Córdón, director, *Manual de fiscalidad internacional*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 361.

⁵ José María Vallejo Chamorro, “La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea”, *Información Comercial Española*, No. 825 (V bimestre 2005), 147.

⁶ Paraísos fiscales, la gran evasión, Televisión Española, 2012 <<https://www.youtube.com/watch?v=zIs9gMqKuyw>>. Consulta: 20 de agosto de 2014.

atentan contra los derechos de la sociedad en general. Así pues, detrás de ésta problemática hay un enfrentamiento axiológico meridiano entre la libertad individual que tiene una persona para disponer de su dinero y movilizarlo a dónde prefiera, y la igualdad material que sólo puede concretizarse con la satisfacción de los denominados derechos sociales (salud, educación, vivienda, etc.), para lo cual el Estado requiere de una recaudación tributaria efectiva.⁷

Precisamente, es ese interés público el cual conduce a los Estados a formular un conjunto de medidas anti-paraíso que atenúen la deslocalización de bases imponibles, que pudieran incidir en la producción de serios agujeros presupuestarios. En definitiva, se puede advertir que la existencia de paraísos fiscales pone en un riesgo claro e inminente el mismo modelo de Estado del Bienestar.⁸

Se podría discutir que es la *presión o carga fiscal* la que obliga a personas naturales y jurídicas a buscar sitios que minimicen u optimicen el impacto tributario; sin embargo, justamente la utilización de paraísos fiscales con fines elusivos,⁹ no permite que la presión fiscal decrezca, pues como se sugirió, el déficit presupuestario de un Estado, que emerge de la evasión y elusión fiscal, ocasiona que a fin de cubrirlo se eleven, más bien, los niveles impositivos.

La atención académica frente a ésta problemática se ha robustecido en los últimos años, ante todo, a partir de la crisis financiera del 2008, en virtud de que mientras se producen recortes de derechos por déficits presupuestarios en la mayoría de Estados, en la actualidad en los denominados paraísos fiscales se estima que se concentran entre 21 y 32 billones, lo cual representa

⁷ Se trata de un tema filosófico importante, que si bien rebasa el campo de análisis del trabajo de investigación, no está por demás patentizarlo. Por ello, a decir de Ávila “la lucha contra los paraísos fiscales es una condición necesaria para la justicia, pues la tributación desigual es uno de los generadores más importantes de desigualdad social en América Latina y el resto del Mundo”. Cfr. Auditoría Ciudadana de la Deuda Latindadd, Rodrigo Ávila, América Latina: *paraíso fiscal de los rentistas* (Lima: Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos – Latindadd, 2011).

⁸ Los paraísos fiscales ponen en peligro el Estado del Bienestar, minileaks, 2011, en <<http://mini-leaks.com/hot-topics/jose-luis-escario-%E2%80%9Clos-paraisos-fiscales-ponen-en-peligro-el-estado-del-bienestar%E2%80%9D-3>>. Consulta 23 de agosto de 2014.

⁹ De acuerdo con un informe de Tax Justice Network, los ecuatorianos acaudalados tendrían sin declarar \$21.600 millones, y sólo de los países andinos han salido cerca de \$ 100.000 millones. Cfr. “América Latina prefiere la caja del paraíso fiscal”, *Hoy* (Quito), 1ª ed., 28 de mayo de 2013, 2.

un tercio del PIB mundial.¹⁰ Es así que autores como Garzón Espinosa expresan en forma categórica que “los paraísos fiscales también agravan las crisis financieras y contribuyen a su gestación, son un canal que agudiza las desigualdades y la pobreza, permiten y protegen la delincuencia financiera y socavan las democracias al condicionar el comportamiento de los países en materia fiscal y de política económica”.¹¹

1.1.2 Definición

La génesis de la expresión *paraíso fiscal* es bastante particular, pues surge de una inexacta transliteración al idioma francés del término inglés *tax haven*. El equívoco se debe a la proximidad morfológica y fonética que presentan los vocablos *haven* y *heaven*; sin embargo, hay que precisar que entre éstos últimos no existe una correspondencia semántica, ya que *haven* en español equivale a *refugio*, y *heaven*, a *cielo o paraíso*. De ahí, que la traducción más fiel sería *refugio fiscal*; no obstante, a nivel iberoamericano se ha consolidado la expresión *paraíso fiscal*, debido, sobre todo, a la recepción de la denominación francesa *Paradis Fiscaux*, que se utilizó primigeniamente para referirse al anglicismo *tax haven*.¹²

Pero del análisis etimológico precedente no se desprende una definición clara sobre el concepto de *paraíso fiscal*. En este sentido, se podría decir que existen tantas definiciones como doctrinarios que se han ocupado de la temática. Inclusive la jurisprudencia y las legislaciones de algunos países han desarrollado sus particulares presupuestos conceptuales y criterios de calificación que orientan en la inteligibilidad de los *paraísos fiscales*.

Tal escenario, si bien puede complejizar la búsqueda de una definición apropiada e integral para el término *paraíso fiscal*, no es obstáculo para que a partir de una disquisición de las disímiles definiciones que ofrece la doctrina, la jurisprudencia y algunos ordenamientos jurídicos, se puedan extraer ciertos elementos cardinales que subyacen al concepto de *paraíso fiscal*. Así pues, dicha expresión *prima facie* hace ostensible un elemento propiamente fiscal,

¹⁰ “Los paraísos fiscales albergan una tercera parte del PIB mundial”, OroyFinanzas.com, 2013, en <https://www.oroynfinanzas.com/2013/05/paraisos-fiscales-tercera-parte-pib-mundial/>, Consulta: 25 de agosto de 2014.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Riveiro, “Paraísos fiscales”, 177.

que se relaciona con los incentivos o ventajas impositivas que presentan algunos territorios o jurisdicciones, que resultan insuperables si se los compara con países donde existe una mayor carga fiscal.

Por tanto, se puede concebir un paraíso fiscal como el lugar en el cual no se paga tributo alguno, o en su defecto los tributos que se pagan son generalmente bajos. Empero, en la praxis es evidente que la anterior asociación semántica es insuficiente, en razón de que su contenido trasciende o rebasa los aspectos meramente tributarios. Es así, que se sostiene que un paraíso fiscal no sólo se vincula con territorios o jurisdicciones que tengan una nula o baja imposición, sino que comprende toda una estructura o sistema, cuyos componentes societarios, bancarios, financieros y penales facilitan su cabal funcionamiento.

De ahí que no deba sorprender que un paraíso fiscal involucre, además de ello, paraísos societarios, bancarios, financieros y, en ocasiones, hasta paraísos penales. Es decir, pueden haber Estados o territorios donde: a) no se exijan mayores formalidades para la constitución de sociedades, b) exista una garantía irrestricta del secreto bancario que llega a extremos tales “que el mismo banco no sabe quién es beneficiario económico de la cuenta que allí se ha abierto”¹³, y c) no se prevean delitos de evasión fiscal, de falsificación de balance, entre otros.

En base a lo anteriormente expuesto se puede afirmar que existe un concepto restringido de paraíso fiscal que se conexas con tópicos *estrictamente* tributarios, es decir en este caso se trataría de “un país o localidad que no aplica ningún impuesto sobre la renta o ganancia; o que aplica una tasa de impuesto relativamente baja”;¹⁴ en contraste con un concepto amplio que incluiría aspectos extraimpositivos. De ahí que se advierta que “son numerosos y diversos los factores que contribuyen a su constitución y operación [*i.e.* de los paraísos fiscales] y muchas veces existe

¹³ Giuseppe Marino, “La consideración de los paraísos fiscales y su evolución”, en Víctor Uckmar, coordinador, *Curso de derecho tributario internacional* (Bogotá: Temis, 2003) ,181.

¹⁴ Riveiro, “Paraísos fiscales”, 177.

una preponderancia y significación mayor de elementos no tributarios para configurar el carácter de paraíso fiscal”.¹⁵

Por otro lado, es menester realizar ciertas precisiones conceptuales acerca de la expresión paraíso fiscal, pues ésta puede dar a entender que sus ventajas se extienden tanto a residentes como no residentes; sin embargo, como apunta Hernández Viguera, “lo más apropiado sería denominarlos *paraísos fiscales offshore o extraterritoriales*, porque los beneficios fiscales que ofrecen no son para sus habitantes”.¹⁶

Finalmente, no se deben confundir los paraísos fiscales con los regímenes fiscales preferentes, cuya diferencia reside, fundamentalmente, en que los primeros suelen ser territorios de exiguas dimensiones (microestados) que carecen de un sistema fiscal, y tienen como fuente principal de ingresos la asistencia jurídica para eludir o evadir impuestos; mientras que los segundos son territorios y Estados que cuentan con un sistema fiscal general y una economía diversificada, pero que ofrecen sugestivos estímulos fiscales a fin y efecto de atraer rentas, capitales o inversiones de no residentes.

1.1.3 Características

Una vez que se esbozó una definición de paraíso fiscal, más ajustado con la realidad, se podrá comprender mejor la razón del tratamiento doctrinario que recibe por parte de algunos autores, quienes al efectuar su caracterización no se delimitan a señalar aspectos meramente impositivos. No obstante, se debe subrayar que las características que se formularán subsiguientemente no constituye un repertorio cerrado, y más cuando como se sabe existe un dinamismo que ha incidido y sigue incidiendo en la evolución de los paraísos fiscales, a los cuales se agregan elementos cada vez más sofisticados.

Además, se podría decir que el concepto de paraíso fiscal no es absoluto, sino más bien gradual, en razón de que la presencia de una u otra

¹⁵ Secretaría Ejecutiva del CIAT, “Aspectos básicos de los llamados paraísos tributarios” http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/025-026_Notas_e_Informes_05.pdf> Consulta 25 de agosto de 2014.

¹⁶ Juan Hernández Viguera, “*Al rescate de los paraísos fiscales*”. La cortina de humo del G-20, (Barcelona: Icaria, 2009), 8.

característica variará de acuerdo al territorio que sea considerado como tal. Con todo, se destacan las siguientes:¹⁷

a) Baja o nula fiscalidad directa

Se trata de una de las características esenciales para definir a un territorio como paraíso fiscal; sin embargo, el modo de concreción en los distintos lugares en los que se presenta no es uniforme, de ahí que su implementación difiera dependiendo del territorio o jurisdicción. Es así, que:

- existen países o dependencias donde no se gravan las rentas;
- se establecen exenciones para evitar su imposición;
- no se consideran los ingresos extraterritoriales como renta gravable, al fundamentarse en el principio de territorialidad;
- en caso de considerarse los ingresos generados fuera de las fronteras como renta gravable, los niveles de imposición respecto de éstos tienen una tasa baja;
- existen ventajas fiscales para ciertos tipos de operaciones y sociedades (v.gr., sociedades *off-shore*).
- no existe retención impositiva en la fuente “sobre dividendos o intereses al exterior”.¹⁸

b) Legislación mercantil y financiera flexible

Esta característica se evidencia en el déficit de control y en la laxitud de su normativa, lo cual permite que por medio de ínfimos requisitos se puedan crear sociedades, bancos y compañías de seguro de manera fácil y rápida; en contraste con otros ordenamientos jurídicos que consagran formalidades más exigentes, como por ejemplo las denominadas reservas legales.

c) Protección del secreto bancario y comercial

Se traduce en la estricta reserva con la que operan los bancos establecidos en los paraísos fiscales, en relación con la información de sus clientes; estando, por tanto, impedidos los directivos bancarios a suministrarla

¹⁷ Diego Salto van der Laet, “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”, Crónica Tributaria, No. 93 (I trimestre 2000), 9-10.

¹⁸ Riveiro, “Paraísos fiscales”, 177.

a terceros. Está claro que esto lo hacen respaldados en la normativa débil que rige en los territorios en donde realizan sus funciones.

Tal situación revela la falta de cooperación y/o complicidad por parte de algunos territorios, los cuales mediante este comportamiento facilitan la ocultación de renta o riqueza producida por residentes de otros Estados, afectando su correcta fiscalización, y perjudicando de esta manera el interés fiscal de terceros Estados.

d) Ausencia de controles de cambio

Mediante esta medida en ciertos Estados se instituye un sistema de controles de cambio dual, esto es, los residentes y los no residentes reciben un tratamiento dispar; pues para los primeros existen controles y restricciones en sus operaciones en divisa extranjera, que no se aplican a los segundos.

e) Escasa o nula red de convenios internacionales en materia fiscal

Es sabido que la mayoría de territorios calificados como paraísos fiscales evitan suscribir convenios de doble imposición con cláusula de intercambio de información o acuerdos específicos de intercambio de información, en virtud de que por un lado, los primeros regulan la doble imposición entre varios Estados y es justamente la nula o baja tributación que se produce en ellos la que impide “obtener ventajas para una de las partes”, y por otro, debido a que dichos convenios no se agotan en evitar la duplicidad impositiva, sino que comprenden cláusulas de cooperación entre las administraciones tributarias, que permite que se produzca intercambio de información entre éstas, lo cual va en contra de la confidencialidad que caracteriza a tales territorios.

f) Estabilidad a nivel político, económico y social

Pero la atracción de capitales se ve robustecida si además de presentar las características arriba mencionadas, la jurisdicción goza de una estabilidad a nivel político, económico y social, a fin de que existan garantías y certeza para las inversiones y las diversas modalidades operativas que se realizan en ella.

g) Infraestructura

En último término, el éxito de los paraísos fiscales se encuentra supeditado a la amplia y efectiva red de comunicaciones con la que cuentan,

sumado a la oferta de un adecuado servicio de transporte. Todo esto contribuye en la celeridad de las operaciones, y en el fácil acceso a sus territorios, respectivamente.

1.1.4 Principales razones y efectos de la utilización de paraísos fiscales

Si bien las razones por las cuales personas naturales o jurídicas no residentes usan los paraísos fiscales son innumerables ya que como habíamos explicado no únicamente se tratan de razones fiscales. Sin embargo dentro del ámbito tributario podemos atrevernos a mencionar que la globalización ha generado los principales motivos de utilización de paraísos fiscales y entre las principales podemos determinar las siguientes:

a. Los contribuyentes consideran que en su país de residencia, existe carga fiscal elevada por lo que buscan estrategias para llevar a cabo sus negocios, actividades económicas, actos, con la menor incidencia fiscal posible, mediante la elección de la vía de acción más eficiente entre todas las alternativas legales viables, entre las normativas fiscales de 2 o más Estados, a través de la planificación fiscal internacional. Es por eso que para tener una buena planificación se deben fijar los objetivos que se persiguen por ejemplo: evitar la doble imposición, diferir la tributación de una determinada renta: localizar los beneficios o los capitales de forma que sea más eficiente el proceso de inversión y/o reinversión: estructurar un grupo de empresas de forma eficiente financiera y fiscalmente, además de otro tipo de objetivos propios de las personas físicas relacionados con la conservación o transmisión a título gratuito de patrimonio entre familiares cercanos, etc. Una vez determinado el objetivo se debe iniciar con el estudio de la normativa aplicable en los distintos países, entre esos podrían estar los denominados paraísos fiscales porque tengan un tratamiento fiscal beneficioso para dicha renta elegida por el contribuyente.

b. Los contribuyentes consideran que pueden pagar menos impuestos por sus operaciones económicas por lo que buscan realizar maniobras fiscales internacionales con fines de elusión, evasión, simulación y fraude fiscal.

c. La competencia fiscal reflejada por el tratamiento diferenciado de incentivos tributarios que tienen los paraísos fiscales para no residentes, logra atraer inversiones extranjeras.

d. La proliferación de paraísos fiscales y de otros regímenes tributarios preferenciales, con las muchas oportunidades que brindan para la evasión y el fraude fiscal.

e. Las características de los paraísos fiscales mencionadas en el punto 1.1.3 son la mayor motivación para los no residentes de usar estos territorios, principalmente el secreto bancario y la confidencialidad comercial de sus datos por lo que se les hace difícil por no decir imposible a las Administraciones Tributarias de su lugar de residencia obtener información de dichos clientes que frecuentan el uso de éstas estructuras fiscales.

En este punto es necesario señalar algunos institutos o figuras que tienen un fin análogo en cuanto a privilegios tributarios que se emplean reiteradamente en el plano nacional (Ecuador) e internacional.

En primer lugar, en ocasiones las mismas autoridades gubernamentales de conformidad con su política fiscal establecen privilegios, deducciones, exoneraciones y disposiciones de carácter similar, que operan de modo general a través de regímenes de incentivos tributarios, a los cuales subyacen fines de orden socioeconómico y ecológico. De esta manera, el Estado busca, entre otros objetivos, generar estímulos para la inversión en los distintos sectores de la economía, la producción de ciertos bienes y servicios, así como promover comportamientos ecológicos responsables.

En el caso ecuatoriano, es pertinente mencionar como ejemplo el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones que prevé una serie de incentivos fiscales en base a ciertos parámetros, a saber: a) si se trata de una inversión productiva y nueva, b) si ésta se la realiza en sectores que contribuyan al cambio a la matriz energética, sustitución estratégica de importaciones, fomento de exportaciones; o c) si se la hace en determinadas zonas geográficas. De acuerdo con ello se subdividen los incentivos en generales, sectoriales y zonales¹⁹.

¹⁹ Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones en Registro Oficial Suplemento 351* (29 de diciembre 2010). En adelante se cita este Código como COPCI.

En caso de que el contribuyente se encuadre dentro de los presupuestos que la normativa correspondiente establezca, bien puede acceder a uno u otro beneficio, con el objetivo de atenuar o eliminar la carga fiscal (impacto tributario). Esta situación constituye una clara muestra de que las propias normas del Estado pueden autorizar y avalar una planificación fiscal. A esta figura se la conoce en el idioma inglés como *tax shelters*.

En segundo lugar, el contribuyente también puede atenuar o eliminar la carga fiscal mediante la propia interpretación de la normativa tributaria, la cual si bien puede estar en discordancia con el espíritu que inspiró su establecimiento, merced a la aplicación de los criterios hermenéuticos puede valerse de los resquicios, fisuras o contradicciones legales que presentan los sistemas o regímenes fiscales. Se denomina a esta institución como *tax loopholes*. En este contexto Pont Clement observa que:

Es el legislador quien tiene el deber y la facultad de aprobar las normas que desee con el fin de evitar las posibilidades del contribuyente de acogerse a negocios no gravados: cuando no lo hace y quedan hechos sin tipificar se está ante una economía de opción implícita. El remedio, de resultar necesario, ha de hallarse en la reforma legislativa y no en la suplantación del legislador por una Administración omnipotente.²⁰

Finalmente, nos encontramos con la figura de los paraísos fiscales (*tax havens*), la cual en idéntico sentido a las anteriores tiene como finalidad minimizar la carga o impacto fiscal. En este caso el contribuyente busca jurisdicciones o territorios donde exista un tratamiento tributario mucho más benigno para los no residentes.

No obstante, como se indicó, las razones que atraen al contribuyente no se reducen a aspectos meramente fiscales, sino que existen factores extra impositivos que hacen atractiva su utilización. En este orden de ideas, Salto van der Laet expresa que “no sólo es el beneficio fiscal el motor de los paraísos fiscales, ya que también existen otros de carácter formal, como lo es la flexibilidad de la legislación o la ausencia de controles financieros”.²¹

²⁰ Alejandro Altamirano, “La planificación tributaria desde la perspectiva de la economía de opción”, en Ramiro Rubinska, coordinador, *Derecho penal tributario*, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2008), 215.

²¹ Luis Briones Fernández, “Consecuencias Fiscales en España de la planificación fiscal de las inversiones españolas en el extranjero”, perspectiva del sistema financiero, No. 41, 1993,33, citado por Salto van der Laet, Diego. “*Los paraísos fiscales como escenarios de*

“Previo al análisis, conviene recordar que una correcta técnica anti paraíso debe respetar los principios que integran la actual normativa del Impuesto sobre Sociedades, especialmente el principio de neutralidad”.²²

Por tanto los territorios o jurisdicciones que se califican como paraísos fiscales, aparte de presentar un régimen de imposición favorable o manifiestamente ventajoso respecto de otros países, ofrecen todo un andamiaje normativo e institucional que opaca y garantiza las actividades y operaciones que efectúan tanto personas naturales como jurídicas, que precisamente resultaron seducidas por éstas condiciones y características. Debido a esa opacidad, el intercambio de información entre los denominados paraísos fiscales y los países de tributación ordinaria, o, es en extremo limitado, o simplemente no existe.

Ahora bien, es oportuno indicar que si bien el empleo de los paraísos fiscales es considerado como una de las principales herramientas de lo que se conoce como *planificación fiscal internacional*, los ordenamientos tributarios prevén importantes sanciones, en razón de que las operaciones celebradas con o por medio de sociedades establecidas en los territorios calificados como paraísos fiscales, menoscaban los ingresos públicos, y resultan bastante opacas. No se olvide, en este punto, el limitado o inexistente intercambio de información que se da entre éstos y terceros Estados, y su floja e inadecuada supervisión de su sistema financiero, que se traduce en la recepción anónima de capitales de cualquier persona o empresa, sin necesidad de que éstas justifiquen su origen. Como escribe Hernández Viguera:

El atractivo de los paraísos fiscales no son sólo los bajos impuestos, sino también una desregulación financiera que ofrece unas normativas muy laxas para el establecimiento de un banco, la creación de fondos de inversiones o para la constitución de sociedades mercantiles, que son aplicadas por unas autoridades

elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”. Crónica Tributaria, No. 93 (I trimestre 2000), 13.

²² El principio de neutralidad el cual exige que la aplicación del tributo no altere el comportamiento económico de los sujetos pasivos, respondiendo al objetivo económico de la eficacia en la asignación de los recursos económicos y tratando de gravar, por tanto, la renta real obtenida por los sujetos pasivos. Cfr. Rosario Pallarés Rodríguez, Impuesto sobre Sociedades (I). Régimen General, En: Manual General de Derecho Financiero: Sistema Tributario Estatal, (coordinador: Lasarte Álvarez, Javier), Volumen III, Editorial Tomares, Granada, 1997, págs. 97-98 citado por Diego Salto van der Laet, “Los paraísos fiscales”, 24.

benévolas que sólo vigilan con rigor el cumplimiento de la regulación y la práctica del secreto bancario”.²³

Además, a través de su utilización algunos agentes económicos han reducido en tal medida su carga tributaria, lo que ha “generado los *free riders* o libres andantes, que en términos de la OCDE, son aquellos contribuyentes que se benefician del gasto público en sus países de origen, pero no contribuyen con su financiación al utilizar herramientas de evasión como los paraísos fiscales”.²⁴

A fin de contrarrestar este fenómeno algunos países han adoptado diversos sistemas o criterios de calificación o definición de paraísos fiscales. Unos manejan “listas negras”, en las cuales constan los países o territorios que son considerados como tales; otros han seguido un sistema inverso, es decir, no enumeran los paraísos fiscales, sino los países frente a los cuales no es necesario tomar alguna medida anti-paraíso. También se utiliza un criterio de tributación comparativa, que consiste en confrontar el porcentaje de la carga impositiva del país de residencia con otro, a fin de determinar si se encuadra o no dentro de un paraíso fiscal.²⁵

1.2 Medidas anti-paraíso

1.2.1 Desarrollo

La influencia de los paraísos fiscales en los diversos Estados a escala mundial ha hecho que éstos prescriban medidas normativas que restrinjan, neutralicen o desincentiven el uso de los mismos.

“Las medidas anti-paraíso se disponen para combatir tanto la evasión como la elusión fiscal”.²⁶ Esto ha obligado a los Estados a incorporar en sus

²³ Juan Hernández Viguera, Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20, (Barcelona: Icaria, 2009), 10.

²⁴ Ciro Meza Martínez, “Los paraísos fiscales y la reforma tributaria”, Vnivesitas, No. 105 (I semestre 2003), 416.

²⁵ Estos criterios de calificación de los paraísos fiscales se profundizarán en el capítulo II.

²⁶ Luis Briones Fernández, “Consecuencias Fiscales en España de la planificación fiscal de las inversiones españolas en el extranjero”, perspectiva del sistema financiero, No. 41, 1993,33, citado por Salto van der Laat, Diego. “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”. Crónica Tributaria, No. 93 (I trimestre 2000), 21.

ordenamientos jurídicos una serie de herramientas normativas, cuyo propósito básico es restringir y desalentar su utilización.

Se advierte que uno de los factores decisivos en la intensificación del fenómeno de los paraísos fiscales deviene del proceso de globalización, que en su esfera económica se vincula con la liberalización de las operaciones internacionales. Es decir, en un contexto de economías abiertas existe una gran libertad de movilización de capitales, pudiendo en consecuencia realizarse fácilmente inversiones o deslocalizaciones del capital a países o territorios extranjeros que, como se indicó, presentan entre otros elementos: reducidos niveles de imposición, secreto bancario, y ausencia de intercambio de información.²⁷

Debido a la existencia de tales regímenes de incentivos fiscales los países han procedido a dictar un sinnúmero de normas para atenuar el riesgo de pérdida de bases imponibles. Entre otros mecanismos jurídicos encontramos:

La implementación de legislación *Controlled Foreign Company Legislation* (CFC), la pérdida de ciertos beneficios fiscales, la previsión de obligaciones formales agravadas y el control de precios de transferencia. Con esto se pretende contener los efectos que produce dicho fenómeno, mismo que se materializa entre otras formas, a través de la creación de sociedades base, sociedades instrumentales, sociedades *offshore*, etc.²⁸

A esta tendencia o cruzada mundial de combate se han unido progresivamente distintos países. En este sentido, cabe subrayar el papel que ha venido cumpliendo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), desde los años 90, la cual no sólo ha liderado la ofensiva en contra de los paraísos fiscales, sino que también ha establecido una serie de lineamientos y recomendaciones que de una u otra forma se han ido incorporando a los ordenamientos jurídicos de algunos Estados.

Hay que hacer notar que entre los múltiples factores que inciden en una regulación, en los últimos años, cada vez más exhaustiva y agresiva por parte no sólo del gobierno ecuatoriano, sino de un número importante de gobiernos en el mundo, se destaca, sobre todo, la significación que hoy en día

²⁷ Vid. supra 1.1.3

²⁸ Giuseppe Marino, "La consideración de los paraísos fiscales", 181-203.

tiene la recaudación tributaria dentro de los presupuestos estatales. Estos últimos se ven seriamente perjudicados por las intensas fugas de capitales y la deslocalización de las bases imponibles.

Sin perjuicio de lo antes señalado, conviene precisar, asimismo, que la adopción de medidas anti-paraíso no sólo se ciñe al aspecto recaudatorio; pues, como se dijo la opacidad de los paraísos fiscales provoca que, además, de constituirse en escenarios de optimización fiscal de varios contribuyentes, también puedan ser utilizados para ocultar beneficios procedentes de actividades ilícitas, a saber: narcotráfico, trata de personas, blanqueo de capitales, terrorismo, entre otras. De este modo se limita a los países la posibilidad de garantizar una política efectiva contra éste tipo de delitos, al no existir “una cooperación eficaz y transparente”²⁹ por parte de los territorios o jurisdicciones catalogadas como paraísos fiscales.

Una vez señalado a grandes rasgos el desarrollo y justificativos de las medidas anti-paraísos, es menester esbozar una definición acerca de ellas.

1.2.2 Definición

Las medidas anti-paraíso se conciben como herramientas, mecanismos o instrumentos normativos que tienen como finalidad restringir o desincentivar la utilización de paraísos fiscales. En consecuencia éstas se disponen, primordialmente, para combatir tanto la evasión como la elusión fiscal configuradas a través de dichos territorios.

Pero como muy bien lo manifiesta Luis Briones Fernández “una medida antielusión excesivamente amplia podría gravar en exceso comportamientos que la ley no intentaba gravar o podría limitar la forma de actuación de los inversores en el extranjero, impidiendo su competitividad o generando comportamientos económicamente ineficientes”.³⁰

1.2.3 Tipos

²⁹ Juan Hernández Viguera, *“La Europa opaca de las finanzas y sus paraísos fiscales offshore”*, (Barcelona: Icaria, 2008), 137.

³⁰ Luis Briones Fernández, “Consecuencias Fiscales en España de la planificación fiscal de las inversiones españolas en el extranjero”, perspectiva del sistema financiero, No. 41, 1993,33, citado por Salto van der Laat, Diego. “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”. *Crónica Tributaria*, No. 93 (I trimestre 2000), 21.

En lo tocante a las medidas anti-paraíso, a continuación se presentará algunas de las más relevantes, mismas que se incluyen en diversos ordenamientos jurídicos.

Controlled Foreign Corporation

“Se trata de las normas conocidas como *Controlled Foreign Corporation* -(CFC)- en su versión inglesa y también como Transparencia Fiscal Internacional en versión castellana. También se lo conoce como tributación de rentas pasivas”.³¹ El primer país que la adoptó fue Estados Unidos, en 1962, durante el gobierno de Kennedy. Este mecanismo normativo está dirigido a neutralizar que se aminore la carga impositiva de entidades o sujetos residentes, por medio de la constitución de sociedades aparentes o interpuestas en Estados o territorios con baja o nula presión fiscal relativa. De esta manera se evita el desplazamiento y acumulación de rendimientos de los contribuyentes, o el diferimiento fiscal de los beneficios obtenidos por sociedades residentes respecto de las controladas en el exterior.

La figura indicada opera del siguiente modo: se imputa a la sociedad o sujeto residente las rentas positivas conseguidas por una sociedad radicada en el exterior (en un territorio de tributación inferior al Estado de residencia), que se encuentra controlada por aquélla o aquél; así pues, se incluye en su respectiva base imponible tales rentas, aún si no están distribuidas, y se aplica el gravamen directo. De ahí, que se denomine *tributación de rentas pasivas*; puesto que, “se persigue las rentas pasivas, no las activas, pues tales rentas son generadas, usualmente, en países de baja tributación.”³²

Pérdida de ventajas o beneficios fiscales

La pérdida de ventajas o beneficios fiscales ha dado lugar a un tratamiento fiscal diferenciado entre contribuyentes que llevan a cabo transacciones con y a través de paraísos fiscales de otros que no lo hacen, situación a la cual se subordina que sean o no favorecidos con ciertos beneficios fiscales.

En ese sentido, las empresas que se encuentren en la situación aludida reciben ciertas represiones fiscales que se traducen en impedimentos al acceso de exoneraciones, deducciones, y otros incentivos fiscales que prevé la

³¹ Altamirano, “La planificación tributaria” 227.

³² *Ibíd.*, 229.

normativa para aquéllas que no se encuentren relacionadas con territorios o jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales, las mismas que dentro de nuestro país serán analizadas en el segundo capítulo.

Obligaciones formales agravadas o especiales

Existen legislaciones que imponen obligaciones adicionales a las ordinarias, a los contribuyentes que realicen operaciones, directa o indirectamente, con paraísos fiscales. La razón fundamental de este tipo de medidas se encuentra vinculada con la dificultad y limitaciones que tienen las administraciones tributarias para obtener información por sí mismas, en virtud del déficit cooperativo que existe con las autoridades respectivas de los paraísos fiscales involucrados.

Así pues, generalmente, el contribuyente está sujeto a la obligación de proporcionar por su cuenta la información pertinente sobre las relaciones jurídico-tributarias que se configuran con y por medio de paraísos fiscales. Dicha medida está dirigida a mejorar el control que realiza la autoridad tributaria. Además, se suele contemplar mayor rigurosidad en la presentación de las declaraciones impositivas, exigiéndose en períodos más estrechos y con detalle individualizado de cada una de las operaciones.

Régimen de precios de transferencia (*transfer pricing*)

El régimen de precios de transferencia puede ser concebido como un mecanismo jurídico con vista a impedir que los contribuyentes en operaciones internacionales alteren artificialmente los precios de un bien o servicio, prevaliéndose de compañías vinculadas situadas en jurisdicciones que le permiten atenuar el impacto tributario final.

La regulación jurídica de la práctica de fijación de precios de transferencia se ha extendido en los últimos años. Esta situación responde al mismo contexto internacional en el cual dinámica operativa de las empresas se ha diversificado; puesto que, es frecuente que se constituyan emporios económicos que cuentan con sociedades intermediarias, con fines estrictamente de optimización fiscal.

Precisamente en aras de hacer frente a dicha conducta fiscal y rectificar las distorsiones que genera, la autoridad tributaria ha diseñado una estructura jurídica que le permite determinar la legitimidad o no de los precios de transferencia, mediante un examen de los precios de operaciones que efectúen

empresas, y que pueda revelar algún tipo de conexión económica. Para tales efectos, se compara el precio estipulado por aquéllas con el precio de competencia o mercado que se fijaría en condiciones similares entre empresas –realmente- independientes. De este modo, se aplica el principio *arm's length* (plena competencia) “que implica que debe existir una distancia para simbolizar a un tercero independiente”.

Gravamen a posteriori del cambio de residencia fiscal de personas físicas

En caso de suscitarse un cambio de residencia fiscal por parte de una persona física a un territorio o jurisdicción que se considere como paraíso fiscal, algunos ordenamientos jurídicos contemplan que aquélla no pierde su condición de contribuyente en el período impositivo en que se realice el cambio señalado, ni durante algunos años posteriores a éste. Por ejemplo, como se detallará en el Capítulo II de la presente tesis, el sistema jurídico español, como en Ecuador con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal. En adelante citada como (LOIPPF) establece un gravamen prorrogado de cuatro años, a partir del cambio de residencia fiscal.

1.3 Práctica internacional de las medidas anti-paraíso

Lo dicho hasta aquí nos conduce a afirmar que, a despecho de que se advierta que el proceso de globalización de la economía ha coadyuvado, de alguna forma, en el crecimiento económico de los países que intervienen activamente en el contexto internacional, se trata de una afirmación discutida. Siendo más exactos se podría argüir que, de facto, los mayores beneficiados son las denominadas empresas multinacionales, que en razón a su poderío económico en algunos casos definen y en otros, al menos, condicionan las políticas y legislaciones de muchos Estados.

En efecto, la liberalización y expansión del comercio en el plano internacional ha incrementado las posibilidades de elusión, simulación, fraude y evasión fiscal por parte de las mentadas empresas; en virtud de que la globalización no se ha proyectado simétricamente en una armonización de las legislaciones fiscales (globalización fiscal), sino que más bien en un flagrante

escenario de competencia fiscal desleal o perniciosa, algunos territorios y jurisdicciones se han sometido y acoplado a las exigencias de ciertos contribuyentes, que aprovechan su inmejorable atmósfera para realizar plácidamente sus actividades. De ahí que como se verá en el Capítulo III, la cooperación internacional sea una condición necesaria para afrontar en forma efectiva esta problemática.

Ahora bien, como se señaló existe una multiplicidad de estructuras o mecanismos para instrumentar operaciones de planificación o planeación fiscal internacional, sin que pueda inicialmente calificarse como fraude y evasión ciertas maniobras que ejecuta el contribuyente para atenuar la carga fiscal global; empero, al entender de algunos autores resulta intrincado distinguir los límites fronterizos entre la economía de opción y el fraude y la evasión. De todos modos, como observa José Manuel Calderón Castro:

Los paraísos fiscales/ABTs [Áreas de Baja Tributación], sin estar implicados, en todo caso, en operaciones ilícitas sí dan cobijo a las mismas, o bien propician el trasvase artificioso y encubierto de beneficios (*tax base shifting*) de un país de alto nivel de tributación al área de bajo tributación; se produce en estos últimos casos lo que se ha venido en llamar ‘*erosión*’ de la base imponible de los impuestos de los países de alto nivel impositivo hacia los países que ofrecen este tipo de regímenes fiscales.³³

Justamente la precitada erosión de la base imponible de algunos Estados ha influenciado en la consolidación de una práctica generalizada de incorporación de diferentes medidas anti-paraísos en la esfera internacional. Esto revela la ingente desconfianza o recelo que tienen las administraciones tributarias frente a operaciones que involucran a paraísos fiscales. Es así, que se han suscitado importantes debates acerca de la naturaleza fraudulenta o no de ciertas herramientas, que un sector de la doctrina considera como herramientas de planificación fiscal, y otro, como verdaderas infracciones tributarias.

Sobre este particular conviene poner de relieve que las administraciones tributarias, de algunos ordenamientos jurídicos han sido dotadas de importantes instrumentos de control para confrontar prácticas que van en detrimento de los ingresos tributarios de los Estados, o que producen

³³ Altamirano, “La planificación tributaria”, 208.

distorsiones en el plano económico, a través del uso de, verbigracia, precios de transferencia.

Así pues, en la actualidad algunas administraciones tributarias cuentan con la potestad de controlar las operaciones que se dan entre empresas vinculadas o asociadas, las cuales por su conexión económica pactan precios, que en condiciones normales de mercado y entre partes independientes no se acordarían. Una vez detectada tal anomalía, la autoridad debe rectificar la base imponible de las sociedades implicadas y adecuarla a los precios de mercado.

Desde luego que la aplicación del régimen de precios de transferencia no ha estado desprovista de inconvenientes; es más se han desencadenado serios conflictos entre las multinacionales y los Estados, e inclusive entre éstos últimos. La problemática, hoy en día, persiste y se intensifica a pretexto de que “más de la mitad del comercio mundial tiene lugar entre empresas del mismo grupo que siguen empleando precios de transferencia”.³⁴

Pero una pieza de las complejas estructuras jurídico-societarias que configuran ciertos contribuyentes para reducir la carga fiscal son las conocidas como *sociedades base (base companies)*. De hecho, estas entidades son las que precisamente perciben las rentas que debería recibir la sociedad matriz, con lo cual se sustrae de la base imponible tales ingresos, o se difiere su tributación. La principal respuesta que han dado varios Estados ante esta situación es una agresiva normativa sobre transparencia fiscal o *Controlled Foreign Companies*, a la que hicimos alusión anteriormente.

No obstante, los refugios de los que se sirven las compañías y otros sujetos son tan heterogéneos, que revelan una ingeniosidad que trasciende la capacidad de los Estados para darles una réplica adecuada. Por lo que, si se presenta un control a un tipo determinado de sociedad, los contribuyentes no se atemorizan, sino que buscan nuevos artificios para disminuir su carga fiscal. Un ejemplo paradigmático de ello son las *sociedades de enlace (conduit companies)*. Lo curioso de esta modalidad es que se valen de los mismos Convenios de Doble Imposición (CDIs) que suscriben algunos Estados. O sea, un *contribuyente X* de un país de alta tributación, a fin de

³⁴ *Ibíd.*, 216.

acceder a las ventajas que ofrecen los CDIs, constituye una *sociedad de enlace Y* en un país que mantenga una multiplicidad de CDIs suscritos, reconduce su renta hasta ésta para minimizar su carga fiscal (al beneficiarse del CDI que tiene suscrito su país de origen con el de la sociedad de enlace), y de ahí la traslada, a una *sociedad base Z* ubicada en un paraíso fiscal. Debido al uso abusivo de los CDIs (*treaty shopping*), en algunos ordenamientos jurídicos se considera esta conducta como fraude en convenio, o en otros se recogen en los mismos CDIs cláusulas específicas antiabuso. En palabras de Verónica Alessi:

El *treaty shopping* es un ejemplo de simulación en fraude de ley. La sociedad aparente se constituye en uno de los territorios para reclamo del amparo del convenio de doble imposición, eludiendo las restricciones o limitaciones de los beneficios contenidos y concedidos a determinados sujetos. La simulada puede ser entonces vehículo de fraude de ley, utilizando el objetivo de amparo o cobertura en un conjunto normativo que no se corresponde a su situación jurídica efectiva.³⁵

Para finalizar este apartado, hay que reconocer que no solamente las empresas recurren a maniobras para reducir su carga fiscal; puesto que es frecuente que lo hagan determinadas personas físicas que gozan de altos ingresos, sobre todo, artistas, altos ejecutivos y deportistas. Dichos sujetos con fines tributarios cambian su residencia fiscal a territorios o jurisdicciones donde no se gravan sus rentas, o si lo hacen, el gravamen es ínfimo en relación a su país de origen. En la práctica se trata de cambios artificiales, dado que el desplazamiento físico, en la mayoría de los casos, no es real, manteniéndose incólume las conexiones económicas y personales del sujeto.

De ahí que en la práctica internacional se hayan reforzado los requisitos determinantes de la residencia fiscal, exigiéndose entre otras cosas, que quien invoque su cambio, pruebe su permanencia durante al menos la mitad de un año natural (generalmente, 183 días) en el paraíso fiscal al cual trasladó su residencia (inversión de la carga de la prueba). Con el objetivo de disuadir esta práctica, también, se ha recurrido a instituir en las legislaciones, disposiciones que impiden que surta efecto de modo inmediato (durante el

³⁵ Verónica Alessi, “Treaty shopping-abuso a los convenios internacionales”, En <[http://200.69.2.4/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/14dbee78085dcb7b03256d58007d8dd7/\\$FILE/Doctrina0103.pdf](http://200.69.2.4/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/14dbee78085dcb7b03256d58007d8dd7/$FILE/Doctrina0103.pdf)>. Consulta: 20 de septiembre de 2014.

período impositivo) el cambio de residencia fiscal, ni un número de años después.

2. Capítulo segundo

Las medidas anti-paraísos. Análisis comparado entre Ecuador, España y los estados miembros de la CAN

2.1 Régimen tributario interno ecuatoriano

En el Ecuador no es sino hasta fines del año 2007, mediante la *Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador*³⁶, que se incorporan al ordenamiento jurídico-ecuatoriano una serie de medidas explícitamente dirigidas a contrarrestar o anular prácticas que involucran la utilización de los contribuyentes de territorios o jurisdicciones, que en razón de sus incentivos fiscales, han provocado una desmedida deslocalización de capitales.

De igual manera, en el año 2014 con la reciente entrada en vigencia de la *Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal*³⁷ en nuestro país se agregan nuevas medidas anti paraíso que buscan restringir el uso de los paraísos fiscales, las cuales serán analizadas en los párrafos siguientes.

En efecto, Ecuador en la actualidad si bien cuenta con una normativa tributaria que tiene como finalidad desincentivar la utilización de paraísos fiscales por parte de los contribuyentes; sin embargo, su implementación no ha estado ni está carente de obstáculos, de ahí que surja la interrogante medular de nuestra tesis: ¿De acuerdo a la experiencia y práctica internacional, son suficientes las medidas anti-paraíso que se ha establecido en el Ecuador respecto al impuesto sobre la renta?

A fin de responder a la pregunta antes planteada, en el presente capítulo, se estudiarán las medidas anti-paraíso que se encuentran en vigor en el régimen tributario del Ecuador para mediante el uso del derecho comparado, estudiar sobre el mismo tema a los demás países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (Colombia, Perú y Bolivia), al igual que en

³⁶ Ecuador, Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, en Registro Oficial, Suplemento, 242 (29 de diciembre de 2007). En adelante se cita esta ley como (LRET).

³⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, en Registro Oficial, Suplemento, 405 (29 de diciembre 2014). En adelante se cita esta ley como (LOIPPF)

el sistema de España como uno de los países europeos que más ha luchado contra el uso de paraísos fiscales, para de este modo valorar su pertinencia y efectividad y posiblemente de no existir alguna de ellas en nuestro país, plantear en el siguiente capítulo que sean aplicadas en nuestro ordenamiento jurídico tributario.

Uno de los principales efectos de la utilización de paraísos fiscales en general y por parte de contribuyentes ecuatorianos, lo constituye la pérdida de valores recaudatorios que sufren los Estados, lo cual afecta seriamente sus presupuestos. Por ejemplo en el Ecuador en el año 2013 se recaudó cerca de 12.758 millones de dólares,³⁸ cifra que representó de modo aproximado el 40% del Presupuesto General del Estado (PGE) que se proyectó en tal año, o sea 32.366,83 millones de dólares.³⁹ De acuerdo con lo proyectado por el Servicio de Rentas Internas (SRI) para el año 2014, se buscaba que represente un porcentaje casi equivalente dentro del PGE.⁴⁰

En consecuencia, es notoria la dependencia presupuestaria de la recaudación tributaria para el sostenimiento del Estado ecuatoriano y de los servicios públicos que éste proporciona.

En este contexto justificativo, el legislador ecuatoriano ha aprobado disposiciones directamente relacionadas a enfrentar la problemática de los paraísos fiscales. Por ejemplo, en el artículo (4.1) subsiguiente al artículo 4 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI),⁴¹ que corresponde al apartado referente a las “partes relacionadas”, se dispone como uno más de los presupuestos de configuración de ésta figura, el que los sujetos pasivos efectúen “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

³⁸ Ecuador, Servicio de Rentas Internas, SRI. “Recaudación tributaria 2013”. <<http://www.sri.gob.ec/de/249>>. Para el cálculo porcentual se toma en cuenta el PGE que se proyectó originalmente. Consulta 13 de agosto de 2014.

³⁹ Ecuador. Ministerio de Finanzas. “Pro forma presupuestaria 2013”. http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/BOLETIN_PROFOMA-2013-4-julio-2013.pdf Consulta: 20 de julio de 2014.

⁴⁰ “El PGE de 2014 se sustenta en la recaudación tributaria”, *El Telégrafo* (Guayaquil), sección Economía, 14 de noviembre de 2013.

⁴¹ Este artículo innumerado fue incluido por la LRET.

ajusten al principio de plena competencia cabe recalcar que este principio es aplicable a la generalidad de países y no únicamente a paraísos fiscales. Esto de conformidad con el numeral 4 del artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Desde ahora citado como (RLORTI).

En el artículo (15.5) de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI)⁴² que hace mención sobre los “precios de transferencia, se establece que uno de los casos que requieren los contribuyentes para quedar exentos de la aplicación del régimen de precios es que “no realicen operaciones con residentes en paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes, esto en concordancia con el inciso 5 del artículo 10 del RLORTI el cual menciona que las rentas que han sido sometidas a imposición en otro Estado serán consideradas rentas exentas en nuestro país, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por nuestra legislación; *las que sean provenientes de paraísos fiscales, no serán exentas y formarán parte de la renta global del contribuyente*, para lo cual se deberá tener en cuenta el listado de paraísos fiscales emitido por la Administración Tributaria de acuerdo al acto normativo dictado para el efecto. (Énfasis añadido).

2.2 Criterios de calificación de paraísos fiscales en Ecuador

En el penúltimo inciso del artículo (4.1) de la LORTI, se establece que serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas. En el penúltimo inciso del artículo 56 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria se expresa que serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas pudiendo basarse para ello en la información de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE y el Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI. La mencionada remisión legislativa fue desarrollada mediante la facultad establecida en el artículo 7 del Código Tributario por la Directora General del Servicio de Rentas

⁴² Este artículo innumerado fue agregado por la Ley reformativa a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, en Registro Oficial Suplemento, 94 (23-dic-2009). En adelante se cita esta ley como (LRLRTI)

Internas, inicialmente mediante la Resolución NAC-DGER2008-0182⁴³, derogada por la Resolución ahora vigente No. NAC-DGERCGC15-00000052.⁴⁴

Nos podemos atrever a decir que recién en esta última resolución (NAC-DGERCGC15-00000052) sobre paraísos fiscales, se logra implantar una diferencia entre estos términos tributarios paraísos fiscales, regímenes fiscales preferentes y jurisdicciones de menor imposición; ya que en la resolución anterior (NAC-DGER2008-0182) se los tenía como sinónimos. La diferencia entre uno y otro proviene de los criterios de calificación y exclusión, fijadas por la Administración Tributaria mediante la última resolución, en términos generales los ha determinado como los criterios de calificación como: a) criterio de lista, b) criterio de tributación comparativa, c) criterio de calificación de condiciones (incorporada en la resolución vigente NAC-DGERCGC15-00000052); y, d) un criterio de exclusión. En los párrafos siguientes estableceremos a cada vocablo su respectivo criterio denominador.

- **Regímenes fiscales preferentes (criterio de condiciones):** En su artículo 5, la referida Resolución menciona “tendrán el mismo tratamiento de paraíso fiscal, aquellos regímenes vigentes en cualquier país o jurisdicción que cumplan con cualquier de las siguientes condiciones:

a) No existe actividad económica sustancial es decir constituyen sociedades offshore, en un paraíso fiscal las mismas que están controladas por compañías o personas naturales no residentes en esa jurisdicción (sus negocios lo desempeñan en otras partes del mundo), en dicho territorio no desarrollan ninguna actividad comercial mucho menos económica; solo quieren domiciliar legalmente la compañía para favorecerse de atractivos fiscales.

b) La tarifa efectiva de impuesto sobre la renta o impuestos de naturaleza idéntica o análoga sean inferior a un 60% del que corresponda al Ecuador. (Criterio de calificación de condiciones). En nuestro país la tarifa de

⁴³ Ecuador. Servicio de Rentas Internas, “Resolución No. NAC-DGER2008-0182”, Registro Oficial Suplemento No. 285, (29 de febrero de 2008).

⁴⁴ Ecuador. Servicio de Rentas Internas, “Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000052: Paraísos y regímenes fiscales preferentes”. Registro Oficial Suplemento, No. 430 (03 de febrero de 2015). Se deroga la Resolución No. NAC-DGER2008-0182.

Impuesto a la Renta para sociedades actualmente es de 22%, es decir si la tarifa de un territorio, país o jurisdicción es menor a 13.2% por Impuesto a la Renta o de naturaleza semejante se considera como un régimen fiscal preferente.

No obstante, hay que tener en cuenta, que puede existir un país o territorio que a pesar de tener un régimen fiscal preferente no necesariamente por ello se lo puede asimilar a un paraíso fiscal.⁴⁵ Pues como explicaremos a continuación en nuestro país hay un criterio de calificación para los paraísos fiscales.

- **Paraísos fiscales (Criterio de lista cerrada):** Para mencionar a los paraísos fiscales el art. 2 de la Resolución vigente del SRI hace mención a 87 dominios, jurisdicciones, territorios o Estados asociados que se consideran únicamente como paraísos fiscales y no como regímenes fiscales preferentes. Es decir este criterio de lista se usa únicamente para establecer los paraísos fiscales.

En referencia a España de igual forma se manejan con una lista cerrada de 48 territorios considerados como paraísos fiscales el problema de tener una lista cerrada como sucede también en nuestro país es que bastaría con la aparición de un nuevo paraíso fiscal –situación que ocurre constantemente– para burlar la norma.⁴⁶

- **Jurisdicciones de menor imposición (Criterio de tributación comparativa):** La autoridad fiscal ecuatoriana en el Art. 4 de la Resolución precitada, circunscribe en base a este criterio de tributación comparativa la calificación a las jurisdicciones de menor imposición y expresa “Tendrán el mismo tratamiento de paraíso fiscal, aquellas jurisdicciones cuya tasa efectiva de impuesto sobre la renta o impuestos de naturaleza idéntica o análoga sea inferior a un sesenta por ciento (60%) a la que corresponda en el Ecuador sobre las rentas de la misma naturaleza de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno, durante el último período fiscal, según corresponda”.

⁴⁵ En el capítulo I se dilucidó esta confusión.

⁴⁶ José Santacana, el mundo de los paraísos fiscales, Centro de Gestión y Desarrollo, Barcelona, 1991, citado por Diego Salto van der Laat, “*Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española*”. Crónica Tributaria, No. 93 (I trimestre 2000),22.

Se entiende que son jurisdicciones de menor imposición aquellas que como los regímenes fiscales preferentes tengan una tarifa menor de (13.2%) de Impuesto a la Renta o de naturaleza análoga, pero tendrán el mismo tratamiento diferenciado en cuanto a eliminación de beneficios tributarios en nuestro país, el mismo que será explicado posteriormente.

Si bien es cierto, la Administración Tributaria en uso de su facultad normativa conforme al artículo 7 del Código Tributario y en uso de sus facultades constitucionales y legales establece por primera vez, en nuestro ordenamiento tributario, mediante esta resolución la diferencia entre paraíso fiscal, jurisdicciones de menor imposición y regímenes fiscales preferentes; sin embargo, se concluye que el tratamiento fiscal será el mismo aplicado a los paraísos fiscales, es decir no sirvió de mucha la diferenciación de los términos que muchas veces se han usado indistintamente a lo largo de las diferentes normas tributarias como de la doctrina, es más podríamos atrevernos a decir que todas esas características son parte de las de los paraísos fiscales que se han venido mencionando en la legislación, jurisprudencia comparada y en la doctrina nacional como mundial.

-Criterio de exclusión.- En el Art 3 de la Resolución aludida se menciona que a través del Servicio de Rentas Internas [p]odrán ser excluidos, mediante *resolución motivada*, aquellos países, dominios, jurisdicciones, territorios o Estados asociados que:

a) Mantengan con el Ecuador un convenio para evitar la doble imposición vigente que contenga cláusula de intercambio de información.

b) Mantengan con el Ecuador un acuerdo específico sobre intercambio de información.

En este sentido la OCDE manifiesta que los llamados paraísos fiscales deben suscribir por lo menos con 12 países este tipo convenios referidos para cumplir esta condición de exclusión de su lista; pero la problemática existe cuando, para cumplir este requisito, firman este tipo de acuerdos entre los mismos países que aplican competencia fiscal perjudicial, perdiéndose así la eficacia de esta medida.

No obstante, la norma indica que si a pesar de cumplirse una o ambas de las condiciones ya mencionadas, no existe un intercambio efectivo de información, no perderán la calidad de paraíso fiscal, régimen fiscal preferente y régimen o jurisdicción de menor imposición y por tal razón estarán sujetos a todas las disposiciones establecidas al respecto en la normativa tributaria aplicable;

c) además se inserta una nueva forma de exclusión por medio de esta normativa y es que en la normativa extranjera ante el pedido de información de ciertos contribuyentes por parte de la Administración Tributaria (SRI) no se pueda alegar secreto bancario, bursátil u otro tipo de obstáculo de cada una de las legislaciones, es decir se deberá realizar reformas, modificaciones internas en el impuesto a la renta si alguna de dichos territorios mantienen Estas prohibiciones de falta de transparencia fiscal internacional, a fin de adecuarlo a los parámetros internacionales en esa materia, que le hagan perder la característica de paraísos fiscales o de regímenes fiscales preferentes.

La primera y segunda condición de exclusión debe ser permanentemente vigilada ya que, a pesar de que ciertos paraísos fiscales suscriban o firmen estos acuerdos, puede darse el caso que su aplicación no sea del todo efectiva, y que al momento que se solicite información ésta no se entregue, por lo cual, deberán ser nuevamente incluidos a la lista original, coincidimos con la doctrina que considera que no es lo adecuado tener una lista de paraísos fiscales cerrada, por el dinamismo que puede existir en cuanto a excluir e incluirlos nuevamente por incumplir acuerdos internacionales en materia tributaria.

El artículo 4.1 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno expresa lo siguiente: “a efectos de establecer, modificar o excluir de la lista de países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados, considerados como paraísos fiscales la Administración Tributaria considerará sus análisis técnicos respectivos. En caso de haberlas, también considerará las recomendaciones del Comité de Política Tributaria”.

2.3 Criterios de calificación en España, Perú, Colombia y Bolivia

En relación a los criterios de calificación de los paraísos fiscales, el criterio de lista se tiene que mencionar que en el derecho comparado, además de Ecuador, ha sido acogido por las legislaciones de Colombia,⁴⁷ España,⁴⁸ y Perú,⁴⁹ esto es, en los países aludidos, la calificación de un paraíso fiscal se sustenta en una lista en la que se señalan expresamente cuáles territorios o jurisdicciones, son considerados como tales.⁵⁰ Este criterio ha sido criticado por su rigidez, puesto que la dinámica inherente de los sistemas fiscales, puede repercutir en que una “falta de revisión y actualización de la lista, conduzca a considerar a países o territorios como paraísos fiscales, a pesar de haberse ya modificado los supuestos que justificaban su inclusión”⁵¹ o también, respecto a la OCDE, por principio no podría incluir en su lista a países miembros.

Este criterio de calificación no es el más apropiado ni confiable, debido a que la mayoría que usan este criterio de lista para establecer paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes u otros sinónimos, copian las listas de ciertas organizaciones internacionales como la OCDE o el GAFI, pero no crean una auténtica, por lo cual se puede inducir a un evidente error ya que al copiar y no analizar la lista, puede resultar que dichos países no cumplan los criterios de calificación del país donde fue copiado la lista, y que sea puesto únicamente por el hecho de estar basado en la lista original de los organismos referidos.

Respecto al criterio de tributación comparativa, es menester señalar que éste es empleado por la legislación peruana, al instituir en el artículo 86

⁴⁷ Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, “Decreto 2193, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario”. Diario Oficial, No. 48936 (7 de octubre de 2013).

⁴⁸ España. Ministerio de Economía y Hacienda, “Real Decreto 1080/1991, por que se determinan los países o territorios [...]”. Boletín Oficial del Estado, No. 18119 (13 de julio de 1991).

⁴⁹ Perú. Ministerio de Economía y Finanzas, “Decreto Supremo N° 045-2001-EF”. Diario Oficial El Peruano, (20 de marzo de 2001).

⁵⁰ En Colombia emite la lista, mediante decreto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En España lo hace el Ministerio de Economía y Hacienda. Y, en Ecuador como se sabe, el órgano encargado es, el Servicio de Rentas Internas.

⁵¹ José Manuel Calderón Carrero y Adolfo J. Martín Jiménez, “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, Crónica Tributaria, No. 111 (II trimestre 2004), 8.

del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, que sin perjuicio de los países incluidos en el Anexo:

También se considera país o territorio de baja o nula imposición a aquél donde la tasa efectiva del Impuesto a la Renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, sea cero por ciento (0%) o inferior en un cincuenta por ciento (50%) o más a la que correspondería en el Perú sobre rentas de las misma naturaleza, de conformidad con el Régimen General del Impuesto.

A tal parámetro calificador se denominó *criterio de tributación comparativa*, en razón a que la determinación de un paraíso fiscal se encuentra supeditada a la comparación de la tributación efectiva del Ecuador o del Perú con la tributación efectiva de otro territorio o Estado. Por lo que si el impuesto sobre la renta de éste último, es menor en un 60% al que se establece o está en vigente en el Ecuador, o 50% para el caso del Perú, será considerado como un paraíso fiscal.

Por consiguiente, en el Ecuador y en el Perú no sólo son paraísos fiscales los que se encuentran en la lista emitida por el SRI, o los incluidos en el Anexo del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta del ordenamiento peruano, sino también los que se encuadren en el escenario descrito precedentemente.

Por su parte, la normativa española a través del Real Decreto 116/2003, de 31 de enero que modificó el Real Decreto 1080/1991, establece en su artículo 2, que: "Los países y territorios a los que se refiere el artículo 1 que firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información dejarán de tener la consideración de paraísos fiscales en el momento en que dichos convenios o acuerdos entren en vigor". Se afirma que tal movimiento normativo podría ser entendido como un intento para "diluir o reducir el excesivo rigor que posee una lista negra constitutiva y estática, así como para alinear la posición española sobre 'paraísos fiscales'

con la posición adoptada por la OCDE en el marco de su proyecto de competencia fiscal perniciosa”.⁵²

2.4 Medidas anti-paraíso

Una vez determinados los criterios de calificación de los paraísos fiscales, jurisdicciones de menor imposición y regímenes fiscales preferentes que prevé nuestra legislación y el derecho comparado, con el objetivo de reprimir de una u otra forma operaciones que se realicen con personas naturales o personas jurídicas (sociedades) que se encuentren domiciliadas en estos territorios el legislador ecuatoriano ha dado lugar a un *tratamiento fiscal diferenciado*. Esto para algunos contribuyentes podría ser visto como un tratamiento discriminatorio y de afectación al principio de igualdad ante la ley (numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador); mientras que para los Estados que manejan una tributación ordinaria es una herramienta para evitar que los sujetos pasivos (contribuyentes) mantengan transacciones con estas jurisdicciones, evitando de esta forma la fuga de capitales y por ende la falta de recursos presupuestarios invertidos en servicios y obras públicas. Recordemos que en nuestro país los ingresos tributarios sirven para poder cumplir con el principio tributario de suficiencia recaudatoria, contemplado en el artículo 300 de nuestra Carta Suprema.

Este trabajo de investigación busca puntualizar la pérdida de beneficios fiscales, sobre el impuesto a la renta, de aquellos contribuyentes que entre sus operaciones económicas, comerciales y fiscales usen a territorios extraterritoriales mundialmente estigmatizados. A continuación explicaremos de qué se trata este tratamiento fiscal diferenciado.

Tratamiento fiscal diferenciado- aspectos relacionados con el impuesto a la renta en el Ecuador-

Se puede afirmar que en el caso del Ecuador, el uso de paraísos fiscales, jurisdicciones de menor imposición y regímenes fiscales preferentes

⁵² José Manuel Calderón Carrero y Adolfo J. Martín Jiménez, “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, Crónica Tributaria, No. 111 (II trimestre 2004),8.

por parte de los contribuyentes sobre todo trae como consecuencia, la eliminación de ventajas impositivas relacionadas al impuesto a la renta tales como la afectación para deducirse costos y gastos, el considerar como ingresos gravados a ingresos que regularmente son exentos, el deber de efectuar retenciones a bases imposables consideradas en otros casos como exentas, o el efectuar retenciones con porcentajes más altos, entre otras. A continuación, procuramos diferenciar los tratamientos impositivos aplicados a diferentes operaciones económicas con y sin el uso de los paraísos fiscales. Así mismo, recurrimos a referencias del derecho comparado en aquéllos casos en los que la legislación de los países analizados lo permite.

1) Residencia fiscal de personas naturales (Art. 4.1. LORTI)

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Se determina la residencia fiscal de personas naturales y se consideran residentes fiscales a las personas naturales que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

a) Cuando su permanencia en el país, incluyendo ausencias esporádicas⁵³, sea de ciento ochenta y tres (183) días calendario o más, consecutivos o no, en el mismo período fiscal;

b) Cuando su permanencia en el país, incluyendo ausencias esporádicas, sea de ciento ochenta y tres (183) días calendario o más, consecutivos o no, en un lapso de doce meses dentro de dos periodos fiscales, a menos que acredite su residencia fiscal para el período correspondiente en otro país o jurisdicción.

c) El núcleo principal de sus actividades o intereses económicos radique en Ecuador, de forma directa o indirecta.⁵⁴

d) No haya permanecido en ningún otro país o jurisdicción más de ciento ochenta y tres (183) días calendario, consecutivos o no, en el

⁵³ Ecuador, Reglamento para la aplicación Ley de Régimen Tributario Interno, en Registro Oficial, Suplemento, 209 (08 de junio 2010), art.7 #3. En adelante se cita esta ley como (RLORTI).

⁵⁴ LORTI, artículo 4.1, literal c), segundo inciso. Una persona natural tendrá el núcleo principal de sus actividades o intereses económicos en el Ecuador, siempre y cuando haya obtenido en los últimos doce meses, directa o indirectamente, el mayor valor de ingresos con respecto a cualquier otro país, valorados al tipo de cambio promedio del período. De igual manera se considerará que una persona natural tiene el núcleo principal de sus intereses económicos en el Ecuador cuando el mayor valor de sus activos esté en el Ecuador.

ejercicio fiscal y sus vínculos familiares más estrechos los mantenga en Ecuador.

En España al igual que en nuestro país, se considera que si existiera cambio de domicilio fiscal (art 8.1), la Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación o considerado como paraísos fiscales, tiene su residencia en territorio de España cuando sus activos principales, directa o indirectamente sean bienes ubicados en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en España, con excepción a que la sociedad pruebe que su dirección y gestión se desarrolla en el otro país o jurisdicción considerado por sus administradores como su domicilio para efectos impositivos.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

Ahora, las condiciones cambian cuando son los sujetos pasivos con residencia fiscal en Ecuador los que quieren cambiarse de domicilio tributario hacia paraísos fiscales por cualquier motivo, y se les castiga con la presunción de que mantienen su residencia fiscal en este país por los “*cuatro períodos fiscales siguientes a la fecha en que dejó de cumplir las condiciones para ser considerado como residente fiscal en nuestro país [...] a menos que pruebe que ha permanecido*⁵⁵ en ese país o jurisdicción al menos ciento ochenta y tres (183) días calendario, consecutivos o no, en un mismo ejercicio fiscal”.⁵⁶ Es decir la carga de la prueba se invierte debiendo el contribuyente ecuatoriano probar que cumplió la condición en un mismo ejercicio fiscal es decir desde el 01 de enero al 31 de diciembre de dicho año, para ya no ser residente para efectos fiscales en Ecuador.

2) Los beneficios que distribuyan los consorcios (Art. 3 RLORTI)

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Los beneficios que distribuya el consorcio, luego del pago del respectivo impuesto a la renta, se constituirán en *ingresos exentos* para los

⁵⁵RLORTI, artículo 7 # 1. La permanencia de una persona natural se referirá a su presencia física en un lugar y se contará por días completos, incluyendo el día de entrada pero no el de salida.

⁵⁶RLORTI, artículo 7 #6. Para efectos del cálculo de permanencia de ecuatorianos migrantes que no puedan demostrar su permanencia en otro país o jurisdicción mediante certificado de movimiento migratorio, éstos podrán hacerlo mediante la certificación del registro consular actualizada conferida por el ministerio rector de la política de movilidad humana. Artículo agregado por (LRLRTI).

miembros del consorcio, siempre y cuando éstas sean sociedades nacionales o extranjeras, *no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.*

Ecuador Tratamiento con paraísos fiscales:

Si los miembros del consorcio son sociedades nacionales o extranjeras y se encuentran domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, los beneficios que éste distribuya se considerarán *ingresos gravados* para sus miembros.

3) Contratos por espectáculos públicos (Art. 13 RLORTI)

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Las personas naturales o sociedades que organicen, promuevan o administren un espectáculo público ocasional que cuente con la participación de extranjeros no residentes en el país, *deberán realizar la retención en la fuente de la tarifa general de impuesto a la renta prevista para sociedades (22%)*, cuya base imponible será la totalidad del ingreso, que perciban las personas naturales residentes en el exterior y las sociedades extranjeras que no tengan un establecimiento permanente en el Ecuador.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

Si los ingresos referidos son percibidos por personas residentes, constituidas o ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, o están sujetas a regímenes fiscales preferentes, *se les aplicará una retención en la fuente equivalente a la máxima tarifa prevista para personas naturales (35%).*

Es decir se aumenta un porcentaje de retención en la fuente de (13%), porque quien recibe dichos ingresos tiene residencia en dichos territorios.

4) Retención por utilidades, dividendos o beneficios/ Ingresos de no residentes (Arts. 15 RLORTI/ Ar 125/ Art. 131 RLORTI)

Ecuador Tratamiento sin paraísos fiscales:

En el caso de dividendos y utilidades calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuidos por sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales o extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, o de personas naturales no residentes en el Ecuador, *no habrá retención ni pago adicional de impuesto a la renta.*

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

Cuando los dividendos o utilidades sean distribuidos, directamente o mediante intermediarios, a favor de sociedades residentes o establecidas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, deberá efectuarse la correspondiente retención en la fuente de impuesto a la renta sobre el ingreso gravado.

El valor sobre el que se calculará la retención establecida en este artículo será el que deba ser considerado como ingreso gravado dentro de la renta global (del socio u accionista), es decir, el valor distribuido más el impuesto pagado por la sociedad, correspondiente a ese valor distribuido.

Cuando a la base imponible del impuesto a la renta de la sociedad, en el ejercicio fiscal al que correspondan los dividendos o utilidades que ésta distribuyere, se le haya aplicado una tarifa proporcional por haber tenido una composición societaria correspondiente a paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición inferior al 50%, el impuesto atribuible a los dividendos que correspondan a dicha composición será del 25%, mientras que el impuesto atribuible al resto de dividendos será del 22%.

5) Exoneración de pago del Impuesto a la Renta para el desarrollo de inversiones nuevas y productivas otorgado por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.- Art. 9.1 LORTI y Art. (...)- siguiente al 23 RLORTI.-

Ecuador Tratamiento sin paraísos fiscales:

Las sociedades que se constituyan a partir de la vigencia del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones⁵⁷ así como también las sociedades nuevas que se constituyeren por sociedades existentes, con el objeto de realizar inversiones nuevas y productivas, gozarán de una exoneración del pago del impuesto a la renta *durante cinco años*, contados desde el primer año en el que se generen ingresos atribuibles directa y únicamente a la nueva inversión.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

⁵⁷ COPCI, art. 9, numeral 1.

No se aplicará este beneficio tributario de 5 años de exoneración del pago del impuesto a la renta a aquellas inversiones de personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en paraísos fiscales.⁵⁸

Es decir como lo establece el segundo inciso del artículo 14 del COPCI *los beneficios tributarios creados en dicho cuerpo legal, no se aplicarán a aquellas inversiones de personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en paraísos fiscales.* (Énfasis añadido).

6) Deducción por pagos al exterior (#3 del Art 13 y Art 30 RLORTI).

Ecuador Tratamiento sin paraísos fiscales:

Si la tasa del crédito externo excede la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador para créditos del exterior, *no serán deducibles los intereses en la parte excedente de las tasas autorizadas.* No serán deducibles únicamente en la parte que exceda la tasa autorizada del Banco Central.

También de conformidad con el artículo 159 de la LRET están exonerados los pagos realizados al exterior, por concepto de la amortización de capital e intereses generados sobre créditos otorgados por instituciones financieras internacionales, con un plazo mayor a un año, destinados al financiamiento de inversiones previstas en el Código de la Producción. En estos casos, la tasa de interés de dichas operaciones deberá ser inferior a la tasa de interés activa referencial a la fecha del registro del crédito.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

No serán deducibles de ninguna manera los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición. Es decir, *así no excedan la tasa autorizada del Banco Central de nuestro país, los intereses pagados por créditos conferidos por instituciones domiciliadas en este tipo de jurisdicciones no son deducibles.* (El énfasis es mío).

Se exceptúa de este beneficio a los pagos de amortización de capital e intereses relacionados con créditos concedidos por partes relacionadas o instituciones financieras constituidas o domiciliadas en paraísos fiscales o, en general, en jurisdicciones de menor imposición.

⁵⁸ COPCI, art 14.

Sobre esta medida hay que tomar en cuenta que se bloquea todo tipo de crédito proveniente de dichos territorios, sin dar opción al contribuyente a que pueda probar que el crédito fue efectivamente desembolsado por la Institución Financiera. La justificación para que la Administración Tributaria opere de esta forma, es por la falta de información que puede obtener sobre sus contribuyentes y la poca credibilidad que tiene a este tipo de operaciones cuando se llevan a cabo en estas jurisdicciones, perdiendo así el contribuyente este beneficio de deducción de intereses de dichos créditos.

7) Tarifa para sociedades y establecimientos permanentes.- Art 37 LORTI/ 51RLORTI)

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Las sociedades calcularán el impuesto a la renta causado sobre el valor de las utilidades que reinviertan en el país aplicando la tarifa de 10 puntos porcentuales menos (12%) que la tarifa prevista para sociedades, y la tarifa prevista para sociedades (22%) sobre el resto de utilidades.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

La tarifa de impuesto a la renta se determinará por la composición societaria correspondiente a paraísos fiscales o regímenes de menor imposición que la sociedad tenga durante el periodo fiscal. Para establecer dicha composición se la deberá considerar al 31 de diciembre de cada año.

Cuando la composición societaria correspondiente a paraísos fiscales o regímenes de menor imposición sea inferior al 50% previamente, se deberá calcular la tarifa efectiva del impuesto a la renta sin considerar la reducción por reinversión y sobre dicha tarifa aplicar la reducción, resultante de la división de:

Impuesto causado

Tarifa efectiva=_____

Base imponible

La aplicación de la tarifa será de la siguiente manera:

Se aplicará la tarifa del 25% a:

Al porcentaje de la composición societaria correspondiente a paraísos fiscales o regímenes de menor imposición se le multiplicará por la base imponible, a este resultado se aplicará la tarifa referida de impuesto a la renta.

Así mismo, aplicará la tarifa mencionada a toda la base imponible la sociedad que incumpla el deber de informar sobre la participación de sus accionistas, socios, partícipes, constituyentes, beneficiarios o similares, conforme lo que establezca el reglamento a esta Ley y las resoluciones que emita el Servicio de Rentas Internas; sin perjuicio de otras sanciones que fueren aplicables.

8) Ingresos de no residentes por servicios prestados en el país.-

Ingresos de personas naturales por servicios ocasionales (Art 39 LORTI y 52 RLORTI).-

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Los ingresos gravables de no residentes que no sean atribuibles a establecimientos permanentes, siempre que no tengan un porcentaje de retención específico establecido en la normativa tributaria vigente, enviados, pagados o acreditados en cuenta por personas naturales, entidades y organismos del sector público o sociedades en general, directamente, mediante compensaciones, o con la mediación de entidades financieras u otros intermediarios, pagarán la tarifa general prevista para sociedades (22%) sobre dicho ingreso gravable y será sometido a retención en la fuente por la totalidad del impuesto.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

Si los ingresos referidos en este inciso son percibidos por personas naturales residentes, constituidas o ubicadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, o están sujetas a regímenes fiscales preferentes, *se les aplicará una retención en la fuente equivalente a la máxima tarifa prevista para personas naturales (35%)*. Esto en concordancia con el artículo 4 de la LORTI que establece quienes son considerados sujetos pasivos para efecto del impuesto a la renta y manifiesta:

Son sujetos pasivos del impuesto a la renta las *personas naturales*, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o *extranjeras*, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

Quien efectúe dichos pagos o acreditaciones, deberá emitir la respectiva liquidación de compra y de prestación de servicios.

9) Tratamiento sobre rentas del extranjero (crédito tributario de impuestos pagados en el exterior (Art. 49 LORTI y Art 136 RLORTI⁵⁹))

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Toda persona natural o sociedad residente en el Ecuador que obtenga rentas en el exterior, que han sido sometidas a imposición en otro Estado, se *excluirán de la base imponible en Ecuador y en consecuencia no estarán sometidas a imposición*⁶⁰

Sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales, las personas naturales residentes en el país y las sociedades nacionales que perciban ingresos en el exterior sujetos a impuesto a la renta en el Ecuador, que hubiesen sido sometidos a imposición en otro Estado, se excluirán de la base imponible en el Ecuador, y se tratarán como rentas exentas.

El método de imputación sirve para evitar la doble tributación internacional, siempre existe el país de la fuente que grava en primer lugar la renta; y el de residencia que grava sobre la totalidad de la renta del contribuyente, siendo éste el que debe restar el impuesto pagado en el exterior a través del país de la fuente, siempre que éste tenga naturaleza equivalente al impuesto pagado en el país de residencia.

Lo establecido no aplicará a los dividendos o utilidades distribuidos a favor de personas naturales residentes en el Ecuador por sociedades extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, originados o provenientes a su vez de dividendos sobre utilidades de sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador.

Lo dispuesto anteriormente aplicará también en el caso de dividendos distribuidos por sociedades extranjeras sobre utilidades obtenidas en el exterior, a sociedades o personas naturales residentes en el Ecuador, siempre que la sociedad extranjera haya tributado en el exterior por las rentas que generaron dichos dividendos.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

⁵⁹ Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, en Registro Oficial Tercer Suplemento, 407 (31 de diciembre 2014). En adelante se cita esta ley como (RLOIPFFF).

⁶⁰ LRET sustituido por art. 102.

No gozaran de exención las rentas provenientes de paraísos fiscales, las cuales formarán parte de la renta global del contribuyente, y serán en consecuencia sometidas a imposición;

El impuesto a la renta causado por las sociedades se entenderá atribuible a sus accionistas, socios o partícipes cuando éstos sean sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, pero deberá realizarse la retención en la fuente adicional sobre el dividendo distribuido, conforme a la ley y el porcentaje establecido por el Servicio de Rentas Internas dentro del límite legal.⁶¹

No obstante lo anterior, dicha retención adicional también será considerada como crédito tributario por parte de las personas naturales residentes en el Ecuador, que perciban dividendos que provengan íntegramente de dividendos distribuidos por sociedades nacionales a sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.

10) Créditos Tributarios por dividendos remesados al exterior.- (Art 138 RLORTI)

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Las sociedades que remesen dividendos, utilidades o beneficios al exterior, entregarán el certificado de retención por el impuesto a la renta pagado por la sociedad y por el impuesto retenido, en el caso de paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, así como también por el pago de la participación del 15% de utilidades a favor de los trabajadores, valor este que se asimila al impuesto a la renta por ser de carácter obligatorio en virtud de lo que dispone la Constitución Política de la República y el Código del Trabajo.

Medidas anti paraíso creadas con la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria.

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

En el artículo 77 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria incorpora al numeral 9 del Artículo 13 de la LORTI y considera como

⁶¹Ecuador, Presidencia de la República, "Reformativa al Reglamento para la Aplicación del Régimen Tributario Interno", Decreto Ejecutivo No. 732, Registro Oficial 434 (26 de Abril del 2011).

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.

Pero 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:

Los pagos por concepto de arrendamiento mercantil internacional de bienes de capital, siempre y cuando correspondan a bienes adquiridos a precios de mercado y su financiamiento no contemplen tasas superiores a la tasa LIBOR vigente a la fecha del registro del crédito o su novación.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

No serán deducibles las cuotas o cánones por contratos de arrendamiento mercantil internacional o Leasing por el siguiente acontecimiento contemplado en el literal c, del numeral 9 del artículo 13:

Si es que el pago de las cuotas o cánones se hace a personas naturales o sociedades, residentes en paraísos fiscales; y,

2) El artículo 159 de la referida y mencionada ley expresa que:

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

Asimismo, habrá exoneración sobre los pagos realizados al exterior por parte de administradores y operadores de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico (ZEDE), tanto por concepto de importaciones de bienes y servicios relacionados con su actividad autorizada, así como para la amortización de capital e intereses generados sobre créditos que les hayan otorgado instituciones financieras internacionales, con un plazo mayor a un año, para el desarrollo de sus inversiones en el Ecuador. La tasa de interés de dichas operaciones deberá ser inferior a la tasa de interés activa referencial a la fecha del registro del crédito.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

Se exceptúa de este beneficio los casos en que el crédito haya sido concedido por partes relacionadas, o por una institución financiera constituida o domiciliada en paraísos fiscales, o en jurisdicciones de menor imposición.

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

De igual manera, están exonerados del pago del Impuesto a la Salida de Divisas, los pagos realizados al exterior, por concepto de dividendos distribuidos por sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas en el Ecuador, después del pago del impuesto a la renta, a favor de otras sociedades extranjeras o de personas naturales no residentes en el Ecuador, siempre y cuando, la sociedad o la persona natural -según corresponda-no esté domiciliada en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición.

Ecuador tratamiento con paraísos fiscales:

No se aplicará esta exoneración cuando los dividendos se distribuyan a favor de personas naturales o sociedades extranjeras de las cuales, a su vez, sean accionistas las personas naturales o sociedades residentes o domiciliadas en el Ecuador, que son accionistas de la sociedad domiciliada en Ecuador que los distribuye.

Ecuador tratamiento sin paraísos fiscales:

También están exonerados los pagos efectuados al exterior provenientes de los rendimientos financieros, ganancias de capital y capital de aquellas inversiones externas que hubieren ingresado exclusivamente al mercado de valores del Ecuador para realizar esta transacción y que hayan permanecido en el país, como mínimo el plazo señalado por el Comité de Política Tributaria, que no podrá ser inferior a un año, efectuadas tanto por personas naturales o jurídicas domiciliadas en el exterior, a través de las Bolsas de Valores legalmente constituidas en el país o del Registro Especial Bursátil. Estas inversiones hacen referencia a las señaladas en los numerales 15 y 15.1 del Artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno. No aplica esta exención cuando el pago se realice, directa o indirectamente a personas naturales o sociedades residentes o domiciliadas en el Ecuador, en paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes o entre partes relacionadas.

También están exonerados los pagos realizados al exterior, provenientes de rendimientos financieros, ganancias de capital y capital de aquellas inversiones efectuadas en el exterior, en títulos valor emitidos por personas jurídicas domiciliadas en el Ecuador, que hayan ingresado en el país y

permanecido como mínimo el plazo señalado por el Comité de Política Tributaria, que no podrá ser inferior a un año, destinadas al financiamiento de vivienda, de microcrédito o de las inversiones previstas en el Código de la Producción. No aplica esta exención cuando el pago se realice directa o indirectamente a personas naturales o sociedades residentes o domiciliadas en el Ecuador, en paraísos fiscales o regímenes preferentes o entre partes relacionadas.

2.5 Análisis comparativo sobre paraísos fiscales entre Ecuador, España y los Estados miembros de la CAN.

Luego de estudiar las medidas anti-paraísos explícitamente establecidas en el régimen jurídico-tributario ecuatoriano, nos compete ver si existen otros mecanismos que estén incorporados en los regímenes tributarios de Colombia, Perú y Bolivia (CAN) y el sistema de España; o que la doctrina y experiencia comparada recomienden a fin de obtener mejores resultados. De esta manera, en el Capítulo III se propondrá algunas soluciones y alternativas, con la finalidad de perfeccionar el enfrentamiento de ésta problemática en nuestro país, sea analizando la eficacia de las medidas anti paraíso que se llevan a cabo en otros países o la sugerencia de incorporar las que ha resultado eficaces de acuerdo a la doctrina y legislación de los otros países.

En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, a excepción de Bolivia, Perú en el 2001, mediante la Ley N° 27356;⁶² Colombia en el 2002, a través de la Ley 788 y en el Estatuto Tributario⁶³. En Ecuador, como se advirtió, desde fines del año 2007, por medio de LRET, se dispusieron medidas tendientes a evitar la utilización de tales jurisdicciones. Por su lado España es tendencia internacional en cuanto a las leyes en contra de la competencia fiscal perniciosa en el Real Decreto 1080/1991⁶⁴, de 05 de julio es la norma que calificaba ya como paraísos fiscales de conformidad con sus

⁶² Mario Alva Matteucci, “¿Cómo reconocer a un país o territorio que califica como Paraíso Fiscal?, Actualidad Empresarial, No. 213 (2 quincena 2010):1-3.

⁶³ Colombia. Ministro de Hacienda y Crédito Público, Estatuto Tributario. Decreto 624 (30 de marzo de 1989).

⁶⁴ Desde 2007 el esquema normativo ha sido objeto de un nuevo enfoque que tiene en cuenta las más recientes directrices de la OCDE en esta materia, y que ha venido proporcionando por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre. Cfr. Cuatrecasas Goncalves Pereira, *Paraísos Fiscales. Situación actual y perspectivas* (19 de junio de 2011).

leyes internas de la época y aún mantiene la “lista negra original” hasta que los países que integran la misma acepten suscribir un Convenio para Evitar la Doble Imposición o un Acuerdo de Intercambio de Información, pero lo que se exige no es solo que se dé la firma del convenio sino que este sea efectivo, acorde a lo previsto en el Real Decreto 1804/2008 de 03 de noviembre de 2008. Una ley que hay que destacar es la 36/2006, de 29 de diciembre de dicho año ya que en ésta se crean *Medidas para la prevención del Fraude Fiscal* y “se reforma el Reglamento para la aplicación de régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos y de los incentivos a la protección aprobado por Real Decreto 1270/2003, y se modifican y se aprueban otras normas tributarias, que establece las condiciones para que el intercambio de información acordado a través de un CDI o de un AII sea considerado efectivo”.⁶⁵

¿Cuáles son esas condiciones para no ser considerado efectivo un CDI o AII?

a) Si se ha enviado un requerimiento de información al paraíso fiscal y se tiene la fe recepción del documento y han pasado 6 meses la primera vez y 3 meses en la segunda ocasión sin que se entregue información del mismo contribuyente.

b) Si enviado un requerimiento de información de cierto contribuyente, no se ha obtenido respuesta en 9 meses, ni siquiera con el acuse recibo de la petición.

c) Cuando el país o territorio se niegue sin fundamento legal en el convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información.

d) Cuando presentado el requerimiento de información de un contribuyente español, la administración requerida de una respuesta incompleta o no acorde al objeto de la solicitud.

⁶⁵ José Antonio García Pérez, “Actividad financiera societaria offshore tras la desaparición formal de los paraísos fiscales. Agencia Estatal de Administración Tributaria, volumen 12/2011, en <http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/12_2011/04_11.pdf>. Consulta: 19 de abril de 2015.

Mediante una Resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, el Director de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria Española, deberá determinar la eficacia de las solicitudes. En España:

Dentro de ese conjunto de medidas, los Inspectores de Hacienda del Estado hemos prestado una especial atención a los paraísos fiscales, como instrumento utilizado en la evasión fiscal y el blanqueo de capitales [...] hemos elaborado sobre la aprobación del plan de Prevención del Fraude, la Ley de Medidas de Prevención del Fraude, la reforma del delito fiscal, o el último relativo al Fraude, Corrupción y Blanqueo de capitales en España”.⁶⁶

2.6 Las medidas anti-paraíso en España y los Estados miembros de la CAN (Colombia, Perú y Bolivia).

Tomando en cuenta que ya se mencionó sobre las medidas anti paraíso que forman parte de nuestra legislación, objeto de este estudio, a continuación señalamos algunos aspectos relevantes y que se encuentran vinculados con la temática en España, Colombia, Perú y Bolivia:

España:

José Antonio García expresa que en el caso del impuesto sobre sociedades español, existe un buen número de disposiciones internas que establecen un “régimen especial”, en el sentido de discriminatorio, en relación con las operaciones realizadas entre residentes en territorio español y personas residentes, localizadas o que operan en o desde países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.[...] En el Texto Refundido de la Ley de Impuesto de Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo en el que existen las siguientes medidas anti paraíso:

1) Cambio de domicilio fiscal (Artículo 8.1).-La Administración Tributaria puede suponer que una empresa tiene residencia fiscal en territorio español, cuando está ubicada en un país, Estado o territorio de baja o nula tributación pero que cumpla las siguientes condiciones:

⁶⁶ José María Peláez Martos, “¿Hasta cuándo los paraísos fiscales?, Inspectores de Hacienda del Estado, 2008, en <http://www.inspectoresdehacienda.org/attachments/Documento26.pdf>. Consulta: 15 de noviembre de 2014, 1.

- Sus activos principales, directa o indirectamente sean bienes situados o derechos que se ejerciten en territorio español.
- Su actividad principal se desarrolla en este país.

Inversión de la carga de la prueba

1. La sociedad debe probar que su dirección efectiva está ubicada en el país de baja o nula tributación.
2. La constitución de la compañía tiene como objeto social una actividad económica válida y no solo gestión de valores.

2) Indeducibilidad de gastos fiscales⁶⁷: no se considerarán gastos deducibles los gastos de servicios de las operaciones realizadas – directa o indirectamente- con personas o sociedades residentes en paraísos fiscales o pagados a través de éstos. (Art. 14. 1g.LIS).

Es decir, esta medida abarca tanto a los gastos de servicios de operaciones realizadas en un paraíso fiscal como a aquellas otras operaciones que, independientemente del lugar en que se realicen, se paguen por medio de uno de estos territorios.

Inversión de la carga de la prueba: le corresponde al contribuyente probar la efectiva realización de la operación cuyo gasto pretende deducir (la entidad que soporta el gasto debe probar la existencia y veracidad de éste). Esta medida busca contrarrestar la falta de información que otorgan los paraísos fiscales.

Regla de valoración de mercado: La Administración Tributaria podrá valorar por el valor normal de mercado las operaciones que se realicen con personas o entidades residentes en paraísos fiscales (Art. 17.2 LIS).

3) No existe exención para rentas obtenidas en el extranjero.- (Art. 22) Los ingresos que sean obtenidos en el exterior, mediante un establecimiento permanente ubicado en un territorio calificado como paraísos fiscales, no serán exentos.

4) Indeducibilidad de actividades de exportación (Art. 37) No será deducible el gasto, si la inversión se hace a un país o estado calificado como paraísos fiscales.

⁶⁷ José Antonio García Pérez, “Actividad financiera societaria offshore tras la desaparición formal de los paraísos fiscales. Agencia Estatal de Administración Tributaria, volumen 12/2011, en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/12_2011/04_11.pdf. Consulta: 19 de abril de 2015, 68.

5) Declaración previa de inversiones extranjeras.- Según el artículo 4 del Real Decreto 664/ 1999, se requiere en España una *declaración previa de inversiones extranjeras que procedan de un país calificado como paraíso fiscal*. Las declaraciones previas de aquellos proyectos de inversión extranjera, serán efectuadas por el titular de la misma y proyectadas en modelos establecidos por la Dirección General de Comercio e Inversiones y tendrá una duración de 6 meses desde que se la realizó, caso contrario si no invierte dentro de dicho tiempo se deberá realizar nuevamente la declaración previa.

Esta medida sería oportuna implementarla en nuestro país con el fin de solicitar que las inversiones extranjeras sean declaradas previamente ante alguna autoridad regulada por el COPCI, para conocer su procedencia y poder dar seguimiento a quienes efectuaron dicha inversión y ser más transparente si proviene de un país o territorio catalogado como paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición. De esta forma podemos fiscalizar el pago conforme a la ley de impuestos, pero además podemos cuidar que no obtengan beneficios fiscales ya que podrían estar atrás de dicha inversión ecuatorianos que quieran ventajas fiscales por ser una nueva inversión.

6) Régimen de entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE)⁶⁸

Las entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE) son aquellos sujetos de derecho colectivo que se dedican a la dirección y encargo de valores representativos de fondos propios de las sociedades no residentes. Esto es similar al término anglosajón “*holding*”. Busca fomentar la competitividad de constitución de holding en territorio Español ya que tradicionalmente se constituían en territorios europeos como Holanda, Bélgica, Suiza, Luxemburgo, etc.

Este régimen consiste en que aquellos beneficios y participaciones que provengan de sociedades extranjeras a España no se encuentren unificadas en la base imponible de la ETVE. Esta ventaja fiscal está dirigida para aquellas compañías que cumplan ciertos requisitos que tienen relación con el % de

⁶⁸ Salto van der Laet, “Los paraísos fiscales como escenarios”,40.

participación en la entidad foránea, al sometimiento a un impuesto análogo en su Estado originario y a la naturaleza de sus rentas. Según Pallarés Rodríguez las ETVE se puede resumir en que es un régimen fiscal en el cual se aplica de la siguiente forma: a) son exentos los dividendos adquiridos, b) son exentos de plusvalías, c) imposibilidad de aplicar la deducción por doble tributación internacional d) deducción por dotación a la provisión por depreciación de la cartera, y e) las aportaciones no dinerarias de los valores representativos de los fondos propios de las filiales extranjeras a las ETVE disfrutarán del régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores.

La medida anti paraíso resulta en que los beneficios y participaciones que procedan de entidades extranjeras son integrados a la base imponible de las ETVE si la sociedad prevenida es residente de un paraíso fiscal.

Para Diego Salto van der Laet esta medida anti- paraíso adolece de un defecto, el cual es la generalidad con que se establece. Es decir, la exclusión del régimen especial para las entidades de tenencia de valores extranjeros se presenta sin la posibilidad de parte de dicha entidad de probar tanto la existencia como el valor de los valores que posee. De esta forma para el autor, se estaría impidiendo el disfrute del beneficio que otorga este régimen a entidades que, aun poseyendo valores de entidades residentes en paraísos fiscales, realizan legítimamente sus operaciones. El legislador español cubre también la posibilidad de crear una medida anti- paraíso también para los socios. Y eso se explica en aquellos beneficios distribuidos sin que haya formado parte de la base imponible de la ETVE tendrá relación directa con tres sujetos que podrían recibir dichos beneficios: una sociedad contribuyente (IS), una persona natural (IRPF) y una persona natural o jurídica residente fuera de España.

Por principio de territorialidad, si los beneficios son distribuidos a un residente extranjero, por una renta que no fue integrada a la base imponible del holding creado en España, se debería pensar que no se debería considerar esos beneficios obtenidos en territorio español. El problema radica en que la regla general es clara e impide que las ETVE que se constituyan bajo las leyes de España puedan ser usadas por residentes en paraísos fiscales. Por lo que deja claro el legislador que se verán afectados por la obligación real de

contribuir sobre dichos beneficios en España, ya que por principio en paraísos fiscales se mantiene una baja o nula tributación por lo que se puede presumir que no han tributado u no lo han hecho de acuerdo a lo que se debería tributar en territorio español, por lo que aun habiendo tributado en el paraísos fiscales deberán hacerlo nuevamente en España, pudiendo conformarse una doble imposición internacional, pero nunca con la seguridad de que así sea.

7) Tributación de socios o partícipes de las instituciones de inversión colectivas constituidas en paraísos fiscales⁶⁹

Según el criterio de la firma Ernst&Young en el texto citado de Diego Salto van der Laet, las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) son instrumentos que canalizan el ahorro privado de pequeños y medianos ahorradores hacia los grandes mercados financieros y de capitales. El ahorro es captado públicamente y podrá consistir tanto en fondos como en bienes y derechos. El rendimiento que recibirán los inversores se calculará, por lo tanto, no de forma individual, sino en función del resultado de la inversión colectiva según fórmulas establecidas legalmente.

En España las IIC son reguladas por la Ley 46/1984 la cual toma en consideración al Ley de Impuesto a Sociedades (IS) como Ley de Impuesto a la Renta para Personas Físicas (LIRPF) y afectando a entidades, socios y partícipes. Los regímenes especiales mencionados regulan de forma independiente al régimen de socios o partícipes de este tipo de instituciones que han sido creadas en paraísos fiscales.

Por la naturaleza de estas figuras fiscales es común que sean constituidas en territorios con baja o nula imposición que no siempre son paraísos fiscales porque no están dentro de las listas cerradas.

La creación de estas formas de inversión en dichos territorios es normal ya que se crean fondos de inversión en: Bermudas, Gibraltar, Bahamas, Luxemburgo, Suiza, Bahamas, entre otros ya que buscan estar libres de impuesto a la renta donde fueron creados y las inversiones financieras y depósitos bancarios estén libres de retención. Además, cualquier utilidad que se obtenga por vender inversiones de dicho fondo deberían ser

⁶⁹ Salto van der Laet, “Los paraísos fiscales como escenarios”, 33,

considera exenta, por lo cual, queda solo la imposición a los beneficiarios en cada uno de sus países de residencia.

Es por lo antes referido que el legislador español sostuvo que para socios y partícipes de IIC que se encuentren ubicados en paraísos fiscales afecta a Impuesto a la Renta sobre Sociedades (IS), a Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) por una obligación personal, y al Impuesto a la Renta de No Residentes (IRNR) por una obligación de carácter real con establecimiento permanente en España.

La integración de la renta se prevé que sea de forma anual y compuesta por la diferencia entre el valor de la liquidación de la participación en el último día del ejercicio fiscal y el que corresponda a su adquisición si la diferencia resultará ser negativa deberá ser aplicada la norma relativa a las dotaciones a provisión sobre la pérdida de valor de elementos patrimoniales del artículo 14.3 LIS anteriormente ya convergida.

La norma regula dos situaciones precisas: 1) que los beneficios distribuidos por las IIC no dan derecho a deducirse por doble tributación; 2) presunción *iuris tantum* por la falta de confianza de la regulación de los paraísos fiscales, el legislador fija un 15% el valor de adquisición de las acciones o participaciones de las IIC por parte de socios, cuidando que por falta de información de paraísos fiscales, los sujetos pasivos la usen para cambiar valores por adquisición de éstas.

Para concluir, se debe expresar que las IIC no pueden adquirir valores que sean emitidos por entidades localizadas en territorios miembros de la OCDE considerados paraísos fiscales.

8) Impuesto sobre la renta de no residentes

Esta Ley y su reglamento incluyen ciertas normas para neutralizar o desincentivar el uso de paraísos fiscales como las que detallamos a continuación:

- Se establece que los rendimientos derivados de la cesión de capitales a terceros así como las ganancias patrimoniales obtenidas sin mediación de establecimiento permanente por residentes en otros Estados miembros de la UE.

En un cuadro comparativo podremos establecer si existen ciertas medidas que buscan obtener transparencia fiscal en el campo internacional en los países tomados con base de estudio:

Medida anti-paraíso	Ecuador	Bolivia	Colombia	Perú	España
Se presume la residencia fiscal del contribuyente, 4 periodos fiscales siguientes al cambio de domicilio a un PF.	X				X
Los beneficios de un consorcio percibidos por miembros domiciliados en PF se considerarán ingresos gravados.	X				
A los ingresos de espectáculos públicos ocasionales realizados en el país, que cuente con la participación de extranjeros, y sean percibidos por residentes de PF se les deberá realizar una retención del 35% sobre la totalidad de los ingresos.	X				
Los dividendos o utilidades distribuidos por sociedades ecuatorianas o residentes en el país, a sociedades residentes o establecidas en PF, directamente o por intermediarios, se deberá efectuar una retención del impuesto a la renta, de acuerdo a la composición societaria de PF.	X				

Medida anti-paraíso	Ecuador	Bolivia	Colombia	Perú	España
Criterios para determinar la residencia efectiva de una sociedad.					X
No reconocer personalidad jurídica a sociedad constituidas en paraísos fiscales para intervenir en el tráfico mercantil					X
Prohibición de que las entidades bancarias españolas tengan filiales o sucursales en dichos territorios	X				X
Considerar como un agravante en el Código Penal el cometer fraude fiscal usando a paraísos fiscales.					X
prevenida es residente de un paraíso fiscal					
Las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) no pueden adquirir valores que sean emitidos por entidades localizadas en territorios miembros de la OCDE considerados paraísos fiscales					X
Jurisprudencia en torno al régimen de precios de transferencia	X				X
Criterio que sigue el modelo de CDI	Propios		OCDE	Propios	OCDE
Acuerdos específicos para el intercambio de información con otras Administraciones Tributarias.	X (Argentina)			X (EEUU)	X (Andorra, Antillas Holandesas, Aruba, Bahamas, San Marino)
Normas anti subcapitalización	X			X	X
Normas anti paraíso fiscal	X		X	X	X

Como se puede observar, de los cuatro países con los cuales se contrasta el régimen tributario ecuatoriano, tres cuentan con medidas anti paraíso, Bolivia no cuenta con medidas anti-paraíso. En España primero y

recientemente en Ecuador con la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención de Fraude Fiscal [2014], se contemplan un buen número de medidas internas destinadas a combatir la utilización por parte de los contribuyentes de los paraísos fiscales, y someter así a tributación las rentas obtenidas en éstos. Así pues, entre otros mecanismos, se destacan: 1. la redefinición de la residencia fiscal para personas naturales⁷⁰, 2. la eliminación de beneficios fiscales mencionados anteriormente, 3. mayores obligaciones formales, 4. aplicación del régimen de precios de transferencia, 5. sometimiento a gravamen durante un período luego del cambio de residencia fiscal a paraísos fiscales⁷¹ sin que se pueda admitir prueba en contrario es decir, pese a que pueda ser probado por el sujeto español que no se ha producido el cambio de residencia por razones evasivos o elusivos sino por situaciones personales, de trabajo, familiares, etc.; y, 6. aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, entre otras.⁷²

Comencemos con el análisis de la redefinición de la residencia. La Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), del país ibérico, instituye algunos criterios para determinar la residencia efectiva de una sociedad. Por ejemplo: a) que la sociedad haya sido constituida de conformidad con la normativa española, b) que el domicilio social se encuentre en el territorio español, y, c) que la “sede de dirección efectiva” se ubique en éste último (Art. 8).

De los antedichos criterios, los dos primeros no requieren mayor análisis para su inteligibilidad, sin embargo el tercero exige un trabajo hermenéutico extra; pues, a que se refiere la expresión sede de dirección efectiva. De acuerdo con Serrano Antón, el legislador español la asocia con el “lugar donde está centralizada de hecho la gestión administrativa y la dirección de los negocios”.

Pero el sistema fiscal español no solamente redefine la residencia de las sociedades, sino también de las personas físicas. Para tales efectos el legislador español en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas

⁷⁰ LORTI Artículo 4.1 y RLORTI artículo 7, incorporado por la LOIPPF.

⁷¹ LOIPPF, artículo 4.1, tercer inciso.

⁷² “El objetivo de estas normas, [...], es gravar en sede de personas o entidades residentes en España determinadas rentas obtenidas por entidades no residentes en dicho territorio, controladas por aquéllas, y que disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado”. Cfr. Fernando Serrano Antón y Sonia Zapata, “Infracciones y sanciones tributarias derivadas del uso de paraísos fiscales: un estudio comparado entre España y México”, en XIX Jornadas latino-americanas del derecho tributario, Lisboa: Associação Fiscal Portuguesa, 1998, 87-109.

Físicas (LIRPF) se vale de algunas presunciones, a fin de someter a imposición las rentas obtenidas en otras jurisdicciones fiscales.

En primer lugar establece que se presume la residencia del sujeto pasivo en el territorio español, en caso de que su cónyuge no separado legalmente e hijos menores de edad que residen habitualmente en España, dependan de aquél.⁷³ En segundo lugar, también se presume la residencia del sujeto pasivo cuando el “núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos” radique en España.

Cabe indicar que se trata de presunciones *iuris tantum*⁷⁴, esto es, admiten prueba en contrario. No obstante, sus efectos son inmediatos, hasta tanto se desvirtúen aquéllas, mediante la acreditación de su residencia en el exterior.

Ahora analicemos otra de las medidas anti-paraíso que prevé el ordenamiento español, y que se relaciona con la eliminación de ciertos beneficios fiscales. El artículo 14 de la LIRPF contempla la exención de, entre otras rentas, intereses, rendimientos, ganancias patrimoniales derivadas de algunas operaciones económicas (transmisiones de valores, reembolso de participaciones, cesión a terceros de capitales propios). Dicha exención se ve excluida, cuando son obtenidas mediante países o territorios considerados como paraísos fiscales. Así mismo, “los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros” no gozan de la exención, si la sociedad matriz tiene su residencia fiscal, o el establecimiento permanente está situado en un país o territorio considerado como paraíso fiscal.

En el ámbito nacional se propone la siguiente adopción de medidas.

⁷³ RLORTI, Art. 7. Una de las condiciones para determinar la residencia fiscal de las personas naturales en nuestro país es vínculos familiares más estrechos que “Una persona natural tendrá sus vínculos familiares más estrechos en Ecuador cuando su cónyuge e hijos dependientes hayan permanecido en el país, en conjunto, más días en los últimos doce meses con respecto a cualquier otro país. En caso de que no se pueda determinar lo anterior, se considerará, bajo los mismos parámetros, la permanencia de sus padres dependientes.

⁷⁴ Fernando Serrano Antón y Sonia Zapata, “Infracciones y sanciones tributarias derivadas del uso de paraísos fiscales: un estudio comparado entre España y México”, en XIX Jornadas latino-americanas del derecho tributario, 87-109, Lisboa: Associação Fiscal Portuguesa, 1998: 96.

1) Gravamen especial sobre movimientos de fondos con paraísos fiscales⁷⁵ Todo movimiento que tenga origen o destino un paraíso fiscal deberá tributar sobre el 24%.

2) No reconocer personalidad jurídica a sociedad constituidas en paraísos fiscales para intervenir en el tráfico mercantil español⁷⁶, esto debido a la dificultad de conocer quiénes son los socios u accionistas de dichas entidades.

3) Prohibición de que las entidades bancarias españolas tengan filiales o sucursales en dichos territorios.⁷⁷ Esta es una norma que también se dio en nuestro país y por la cual se les otorgó a dichas entidades un tiempo de un año desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Monetario y Financiero⁷⁸ para desinvertir sus participaciones accionariales en las entidades financieras del extranjero que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales. La Disposición Transitoria Vigésima sexta de este Código textualmente expresa:

Desinversión: Las entidades del sector financiero privado y los accionistas de dichas entidades con propiedad patrimonial con influencia, en el plazo de un (1) año desde la vigencia de éste Código deberán desinvertir sus participaciones accionariales en las entidades financieras del extranjero que se encuentren domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición de acuerdo con los criterios del Servicio de Rentas Internas.

En caso de que una entidad financiera privada ecuatoriana o los accionistas de dichas entidades con propiedad patrimonial con influencia, mantengan participación accionarial en un país que sea calificado por el Servicio de Rentas Internas como paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición, con posterioridad a la fecha de vigencia de este Código, dichas personas deberán desinvertir tal participación en el plazo de un (1) año.

⁷⁵ José María Peláez Martos, “¿Hasta cuándo los paraísos fiscales?”, 6

⁷⁶ *Ibíd.*, 7

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Ecuador. *Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial Suplemento*, 332 (12 de septiembre de 2014). En adelante se cita este Código como (COMF).

4) En el Código Penal se debe considerar como un agravante el cometer fraude fiscal usando a paraísos fiscales. En nuestro país, el Código Orgánico Integral Penal, no se dice nada al respecto.

Colombia

En cuanto al impuesto a la renta se establece en el artículo 260-6⁷⁹ del Estatuto Tributario lo siguiente:

“Los paraísos fiscales son determinados por el Gobierno Nacional mediante reglamento, con base en el cumplimiento del primero y cualquiera de los demás *criterios* que a continuación se señalan:

1. Inexistencia de tipos impositivos o existencia de tipos nominales sobre la renta bajos, con respecto a los que se aplicarían en Colombia en operaciones similares.

2. Carencia de un efectivo intercambio de información o existencia de normas legales o prácticas administrativas que lo limiten.

3. Falta de transparencia fiscal a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo.

4. Ausencia de requerimiento de que se ejerza una actividad económica real que sea importante o sustancial para el país o territorio o la facilidad con la que la jurisdicción acepta el establecimiento de entidades privadas sin una presencia local sustantiva.

5.- En el párrafo 1o. El Gobierno Nacional actualizará el listado de paraísos fiscales, atendiendo los criterios señalados en este artículo, cuando lo considere pertinente. Igualmente por razones de política exterior y aun cuando se encuentren dentro de los criterios señalados, podrá no atribuir tal calidad a algunas jurisdicciones.

El numeral 1,2 y 5 son parte de los criterios que el Ecuador ha tomado para calificar a un paraíso fiscal y régimen fiscal preferente.

En cuanto al Párrafo 2o. del artículo 260-6⁸⁰ establece una

⁷⁹ Colombia. Adicionado por Ley 863 [2003].

⁸⁰ Colombia. Cfr. Párrafo No2 del art. 260-6 del Estatuto Tributario menciona: Salvo prueba en contrario, se presume que las operaciones entre residentes o domiciliados en Colombia y residentes o domiciliados en paraísos fiscales en materia del impuesto sobre la renta, son operaciones entre vinculados económicos o partes relacionadas en las que los precios y montos de las contraprestaciones no se pactan conforme con los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.

presunción de que todas las operaciones efectuadas entre residentes o domiciliados en Colombia y residentes o domiciliados en paraísos fiscales tendrán que demostrar que tales operaciones se realizaron con los márgenes de utilidad, o precios corrientes, que hubiera pactado normalmente en otra operación comercial. Es decir serán sometidos al régimen de precios de transferencia y deberán cumplir con la obligación de presentar la documentación que compruebe las transacciones económicas las que se refiere el artículo 260-4⁸¹ de este Estatuto y la declaración informativa a la que se refiere el artículo 260-8⁸² del mismo cuerpo legal con respecto a dichas operaciones aunque su patrimonio bruto en el último día del año o periodo gravable o sus ingresos brutos del respectivo año sean inferiores a los topes allí señalados.⁸³

“El artículo 124-2 del Estatuto en referencia, adicionado por la Ley 863 de 2003 establece que “No serán constitutivos de costo o deducción los pagos o abonos en cuenta que se realicen a personas naturales, personas jurídicas o a cualquier otro tipo de entidad que se encuentre constituida, localizada o en funcionamiento en paraísos fiscales, que hayan sido calificados como tales por el Gobierno colombiano, salvo que se haya efectuado la retención en la fuente por concepto de Impuesto sobre la Renta y Remesas⁸⁴.

⁸¹ Colombia, Estatuto Tributario Artículo 260-4. Modificado por la Ley 863 de 2003, artículo 42. DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta cuyo patrimonio bruto en el último día del año o período gravable sea igual o superior al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o cuyos ingresos brutos del respectivo año sean iguales o superiores al equivalente a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas domiciliadas o residentes en el exterior, deberán preparar y enviar la documentación comprobatoria relativa a cada tipo de operación con la que demuestren la correcta aplicación de las normas del régimen de precios de transferencia, dentro de los plazos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

⁸² Artículo 260-8. Modificado Ley 863 de 2003, artículo 44. OBLIGACIÓN DE PRESENTAR DECLARACIÓN INFORMATIVA. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, obligados a la aplicación de las normas que regulan el régimen de precios de transferencia, cuyo patrimonio bruto en el último día del año o período gravable sea igual o superior al equivalente a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes o cuyos ingresos brutos del respectivo año sean iguales o superiores al equivalente a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas domiciliadas o residentes en el exterior, deberán presentar anualmente una declaración informativa de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas.

⁸³ Parágrafo reglamentado por el Decreto 4349 de 2004.).

⁸⁴ Colombia, Presidente de la República de Colombia, Decreto 624 de 1989. Salvo las exoneraciones especificadas en los pactos internacionales y en el Derecho interno, la

Este tratamiento no les será aplicable a los pagos o abonos en cuenta que se realicen con ocasión de operaciones financieras registradas ante el Banco de la República.

Adicionalmente, el artículo 83 de la reforma tributaria Ley 863, adiciona un párrafo al artículo 408 del ET (Estatuto Tributario) el cual establece que: “los pagos o abonos en cuenta por cualquier concepto que constituyan ingreso gravado para su beneficiario y éste sea residente o se encuentre constituido, localizado o en funcionamiento en países que hayan sido declarados paraísos fiscales por la OCDE o por el Gobierno colombiano, se someterán a retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y ganancia a la tarifa de 35%, sin perjuicio de la aplicación de la retención en la fuente por concepto de impuesto de remesas, a la tarifa del 7%.

En conclusión en Colombia, la Ley 788 de 2002, acogiendo las recomendaciones de la OCDE, el legislador ha instituido: a) restricciones a la deducción de pagos hechos a residentes o domiciliados en paraísos fiscales; b) la imposición de retenciones en la fuente respecto de pago que se realicen a residentes o domiciliados en paraísos fiscales; c) la implementación del régimen de precios de transferencias.⁸⁵

Perú

”En Perú mediante el Decreto Supremo No. 45-2001-EF, publicado el 20 de marzo de 2001 establece cuales son los 43 países o territorios considerados como Paraísos Fiscales; en la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) se sanciona las operaciones efectuadas con paraísos fiscales de la siguiente forma: 1. prohibición a la deducción de gastos de operaciones efectuadas con sujetos residentes, establecimientos permanentes, sujetos que obtengan rentas a través de paraísos fiscales , 2. precios de transferencia: lo expresado en el punto 1. Tiene como condición que podrá ser deducibles los gastos siempre y cuando hayan sido pactados como si se tratará de partes independientes, 3.

transferencia al exterior de rentas y ganancias ocasionales obtenidas en Colombia, causa el impuesto complementario de remesas, cualquiera que sea el beneficiario de la renta o de la ganancia ocasional o el beneficiario de la transferencia.

⁸⁵ Ciro Meza Martínez, “Los paraísos fiscales y la reforma tributaria”, 418-419.

Aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, subcapitalización.⁸⁶

Perú al igual que Ecuador mantienen la eliminación de ventajas fiscales, para quienes tenga transacciones u operaciones económicas con paraísos fiscales, es evidente el malestar que existe entre los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones; y España como uno de los pioneros en crear en Europa medidas anti paraíso para contrarrestar el uso de este tipo de territorios o jurisdicciones que se han vuelto en el dolor de cabeza de Administraciones Tributarias, pues dificulta la transparencia fiscal internacional y eso trae como consecuencia la elusión o evasión impositiva a nivel internacional. Las medidas peruanas son similares a las nuestras pero creadas ya en el 2001 cuando en nuestro país ni se pensaba en sacar una lista de Paraísos Fiscales mucho menos crear este tipo de eliminaciones de beneficios impositivos pues como se había explicado anteriormente nacieron con la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria, recién a finales de diciembre de 2007.

En los capítulos anteriores se trató de plasmar la problemática de los paraísos fiscales, jurisdicciones de menor imposición y regímenes fiscales preferentes. En el primer capítulo, hemos tratado de dar una visión general desde el punto de vista doctrinario sobre la parte histórica de los paraísos fiscales, su definición, principales características, sus ventajas fiscales. En el segundo capítulo se trató de desarrollar las medidas anti paraíso y realizando un análisis entre Ecuador, España y los estados miembros de la CAN. En el tercer capítulo elaboraremos un análisis propositivo, tomando como base lo analizado en los capítulos I y II.

⁸⁶ Miguel Mur Valdivia, “Paraísos fiscales. Normatividad Peruana Anti Paraísos”. Asociación Fiscal Internacional IFA (Grupo Peruano). < http://www.ifaperu.org/uploads/files/Mur_19-09-2013.pdf>. Consulta 4 de septiembre de 2014.

3. Capítulo tercero

Medidas anti-paraíso. Análisis propositivo

3.1 Medidas anti-paraíso. Reformas necesarias

Este último Capítulo tiene como propósito proponer reformas que se pueden hacer de manera general en nuestro ordenamiento jurídico tributario y de manera específica en la LORTI como la ley que regula el Impuesto a la Renta, el más afectado por las maniobras fiscales, que realizan los contribuyentes ecuatorianos.

En el Capítulo precedente logramos realizar el estudio de las medidas incorporadas en legislaciones como la española, colombiana, y peruana. Del estudio pudimos comprobar que Bolivia es un país que no cuenta con estas herramientas para evitar prácticas elusivas que buscan reducir o eliminar costos fiscales, logrando deslocalizar bases imponibles de algunos territorios. Por lo antes estudiado a lo largo de este Capítulo buscamos realizar un análisis propositivo que resulte en la incorporación de medidas anti paraíso como:

-La medida española de no reconocer personalidad jurídica a sociedad constituidas en paraísos fiscales para intervenir en el tráfico mercantil español, esto debido a la dificultad de conocer quiénes son los socios u accionistas de dichas entidades. Sería positivo establecer en nuestro país que para que aquellas sociedades constituidas en paraísos fiscales, puedan ser domiciliadas en nuestro país, deberán difundir su información ante los órganos de control en cuanto al aspecto societario de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y lo que tiene que ver con la parte impositiva del Servicio de Rentas Internas, caso contrario no se les reconocerá personalidad jurídica y no podrán operar en nuestro país ya que deberá ser previamente reconocida la personalidad jurídica por los entes de control.

-Se debería incluir en la reforma del Código Orgánico Integral Penal el agravamiento de las penas cuando el fraude fiscal se cometa utilizando

territorios calificados como paraísos fiscales y que las condenas supongan el ingreso efectivo de la prisión. Se debe tomar en cuenta que las personas que realizan fraudes fiscales a través de paraísos fiscales tienen la intención de causar daño al Estado, impidiendo que ingrese dinero al erario fiscal y cumplir los fines estatales, es por eso que se debe tomar medidas también en el campo penal tributario para impedir que se produzcan delitos tributarios por el mal uso de estos territorios que des localizan bases imponibles. Esto siempre y cuando se lleve un debido proceso que permita que después de un proceso penal se concluya la mala fe del sujeto procesado.

- Obligación de desinvertir para sociedades no financieras.
- Obligación de registrar la inversión proveniente de un paraíso fiscal ante alguna autoridad que regule el tema específico, como en el caso español se podría crear algún tipo de Dirección General de Comercio e Inversiones regulada por el Código de la Producción, Comercio e Inversiones y que se lleve un seguimiento estricto de este tipo de inversiones. Éste debería ser un requisito previo para poder efectuar la inversión en nuestro país dentro del plazo entre la declaración y la inversión efectiva, mismo que deberá ser fijado previamente por la autoridad de control. Esto con el fin de evitar que dicha inversión puede ser realizada por personas que pretendan beneficiarse de las ventajas fiscales dadas por el COPCI a una “inversión nueva”, pudiéndonos atrever a decir que podría ser el ahorro del no pago de impuestos conforme la ley lo establece.

- Obligación de presentar información adicional cuando el accionista viene de paraíso fiscal, se debe tomar en cuenta que si el accionista viene de un paraíso fiscal podría presumirse incluso que prestó su identidad para la constitución de la compañía y no con el fin voluntario de tener una compañía como lo establece la Ley de Compañías. Es por eso que la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores deberá establecer una Resolución que aclare los documentos que debe presentar un accionista de una compañía anónima en nuestro país, más que todo si dicha persona naturales es ciudadano o residente de un paraíso fiscal.

Es importante en este capítulo estudiar un régimen de transparencia fiscal internacional que permita estudiar que el mismo fue creado para

impedir que por la creación de sociedades interpuestas se disminuya o elimine la carga impositiva y evitar que por medio de las sociedades intermedias se desplacen los beneficios fiscales de residentes de otros Estados a aquellos territorios que tengan una nula o baja imposición y por último evitar la fuga de pago impuestos en el estado de residencia, por la deslocalización de la base imponible a otro Estado donde tributen menos o no tributen.

Teniendo en cuenta que los objetivos de un este tipo de régimen son:

1. Impedir que por medio de sociedades base o instrumentales se disminuya la carga tributaria.
2. Evitar el desplazamiento de los beneficios de sus residentes en otros Estados de baja imposición, mediante sociedades base.
3. Impedir el diferimiento de la obligación tributaria vencida (impuesto a pagar) en el Estado de residencia de los titulares, mediante beneficios obtenidos en otro territorio.
4. Busca gravar ganancias de compañías controladas, únicamente rentas pasivas (dividendos, intereses, beneficios en general).

3.2 Régimen de transparencia fiscal internacional

El régimen de transparencia fiscal internacional tiene su origen normativo en la legislación fiscal de los EEUU (Código Fiscal de Rentas).

La utilización de sociedades interpuestas es una práctica recurrente, y constituye en palabras de Cruz Padiá "una elusión legítima o una evasión legal, lo que nos lleva a la consideración de que la creación de sociedades interpuestas no es un supuesto de fraude a la ley tributaria, ya que, en nuestra opinión, lo que tiene lugar es que el contribuyente se limita a esquivar el texto legal, pero sin violarlo, encontrando fisuras en la estructura tributaria que no conllevan infracción tributaria, ya que invariablemente suelen darse varias opciones o medios legales para llegar al mismo resultado, teniendo siempre el sujeto la libertad de escoger aquel que le origine la cuantía de prestaciones menos elevadas "en el contexto internacional y sólo en él, se asiste a fenómenos que sólo de forma indirecta producen o provocan la elusión o evasión fiscal, por cuanto el contribuyente tiene como finalidad desplazar del propio país de residencia a otro, la ubicación o localización de las propias

rentas y como fin indirecto el obtener la ocultación, simulación o reducción de la carga impositiva”

Por medio de este régimen de transparencia fiscal lo que se busca es:

-Gravar las ganancias de las compañías controladas

-Tributación de rentas pasivas (dividendos, intereses, beneficios en general)

3.3 Régimen de transparencia fiscal internacional en España

Para Clavijo Hernández la transparencia fiscal internacional es un régimen tributario que tiene por objeto someter a imposición en sede de las entidades o personas residentes en España, cuando concurren las circunstancias establecidas al efecto, determinadas rentas obtenidas en el extranjero por sociedades instrumentales controladas, con el objeto de *igualar* la tributación de las rentas percibidas directamente respecto de las rentas acumuladas en tales sociedades instrumentales, evitando que la no distribución de resultados pueda dar lugar a un diferimiento de tributación.

En España se mantiene que el régimen de transparencia fiscal (TFI) busca integrar en la base imponible de sujetos individuales (personas naturales) o sujetos colectivos (personas jurídicas) residentes en España las rentas de entidades no residentes en las cuales aquellas tengan algún grado de participación. Para lo cual se establecen los siguientes requisitos:

1. Que exista un porcentaje de participación de un residente en el capital, fondos propios, derecho a voto igual o mayor a 50%. en la entidad no residente.

2. Que el impuesto pagado por la entidad no residente en su lugar de residencia sea inferior en un 75% del que pagaría en España.

3. Que la renta sea por actividades expresamente establecidas en los artículos 121.2 de la Ley de Impuesto de Sociedad y 75.2 de Impuesto a la Renta de Personas Físicas.

Dentro de las actividades entre otras están las siguientes:

3.1 Titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales sobre los mismos, a menos que estén relacionados a una actividad empresarial de conformidad con el artículo 27 de LIRPF, o cedidos a

entidades no residentes, que pertenezcan al mismo grupo de sociedades de la titular, en sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

3.2 Participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad y cesión a terceros de capitales propios, salvo, entre otros, los siguientes activos financieros: a) Los tenidos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias originadas por el ejercicio de actividades empresariales. b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades empresariales. c) Los tenidos como consecuencia del ejercicio de actividades de intermediación en mercados oficiales de valores. d) Los tenidos por entidades de crédito y aseguradoras como consecuencia del ejercicio de sus actividades, sin perjuicio de lo establecido en la letra c)

3.3 Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios, excepto los directamente relacionados con actividades de exportación, realizadas directa o indirectamente, con personas o entidades residentes en España y vinculadas.

3.4 Transmisión de los bienes y derechos mencionados anteriormente que genere rentas.

Es importante dejar constancia que las sociedades interpuestas, cuyo efecto fiscal pretenden compensar las normas de TFI, no están constituidas necesariamente en paraísos fiscales.⁸⁷

El régimen de TFI procede como una técnica normativa por la cual el legislador intenta evitar que las cargas impositivas sean diferidas mediante las sociedades instrumentales que se constituyen en paraísos fiscales. Ya que el motivo de constituir este tipo de sociedades es buscar ventajas que otorgan las jurisdicciones en las cuales las cargas fiscales son bajas o no existen, el régimen de TFI incluye algunas consideraciones específicas con estos Estados, territorios o jurisdicciones. Dichas consideraciones amplían el ámbito de integración de rentas en transparencia fiscal internacional y se fundamentan en técnicas de la penalización y las presunciones.⁸⁸

⁸⁷ Salto van der Laet, “Los paraísos fiscales como escenarios”, 39.

⁸⁸ *Ibíd.*

Cuando sea de aplicar el régimen de TFI y la entidad o sujeto no residente en España sea un paraíso fiscal, se deberán considerar las siguientes reglas:

1. No será deducible de la base imponible de la entidad o sujeto residente, el valor del impuesto de sociedades pagado por la sociedad que reside en un paraísos fiscales.

2. Se supondrá que el impuesto pagado por la entidad que reside en un paraíso fiscal es 75% inferior al que hubiera pagado conforme con las normas de la LIS así como que la renta proviene de actividades establecidas en los artículos 121.2 LIS Y 75.2 LIRPF mencionadas anteriormente.

3. Se presumirá que la renta forjada por la entidad residente en el paraíso fiscal es de 15% del monto de adquisición.

Todas las anteriores presunciones admiten prueba en contrario⁸⁹. En relación a lo anteriormente mencionado, deberá ser la Administración Tributaria en base a las presunciones declaradas y probadas, quien determine el porcentaje (%) de participación del contribuyente en la entidad residente en el paraíso fiscal.

La implementación de este régimen alude a la necesidad de los Estados de neutralizar la fuga de capitales hacia paraísos fiscales o lugares de baja o nula fiscalidad. Y ante esto es el legislador el que aprovecha e incluye correctamente, dos medidas anti paraíso: 1) la que busca penalizar el uso de paraísos fiscales –la indeducibilidad del impuesto pagado en dichos territorios- y 2) que busca desincentivar el uso de sociedades instrumentales que se constituyen en paraísos fiscales – que guardan relación directa con las presunciones-. Estando frente a un modelo en cuanto al apropiado establecimiento teórico de una medida, ya que si bien busca penalizar y promover el no uso de estos territorios no deja de respetar el principio de neutralidad y no intervenir por medio del uso de presunciones *iuris tantum*.

3.4 Reforzamiento de la cooperación internacional

⁸⁹ *Ibíd.*, 40.

Hay que tomar en cuenta que las personas naturales o jurídicas que usan paraísos fiscales no son los más pobres sino aquellos que tienen a su servicio los mejores abogados del mundo entonces, esta gente crea unas estructuras introduce unas cláusulas con el principal fin de eludir, evadir o de realizar planificación fiscal internacional esto por la normativa demasiado laxa, demasiado benévola con determinadas operaciones que tienen la finalidad de reducir la factura fiscal.

Y es que definitivamente falta voluntad política para atajar este problema, [...] si hace falta soluciones globales, se trata de acción conjunta de OCDE, de G20, de Unión Europea y lo cierto es que a pesar de las medidas que se van adoptando [...] las medidas no están dando los frutos deseados.

La elusión no es delito, pero se basa justamente en la disparidad de las legislaciones, en lagunas normativas de las legislaciones nacionales, para optimizar o hacer una planificación fiscal, las grandes multinacionales que son las principales utilizadoras de los paraísos fiscales.

Conclusiones:

1) Los paraísos fiscales se los debe entender como aquellos países, estados, territorios o jurisdicciones que manejan un trato fiscal preferente únicamente para los no residentes por lo que existe una competencia fiscal ya que los Estados ofrecen atractivos fiscales solo para personas naturales o sociedades extranjeras (pero sus propios ciudadanos o residentes no pueden acceder a éstas), logrando que éstos disminuyan o eliminen su carga fiscal. Sus principales características son: baja o nula tributación, estricta confidencialidad, legislación flexible, sigilo bancario, sigilo societario, falta de intercambio de información con otras Administraciones Tributarias, niveles tecnológicos altos que permitan que el cliente pueda crear sociedades por medio de internet, abrir cuentas bancarias en cuestión de horas y con un precio cómodo de constitución, seguridad de sus datos personales y estabilidad política y económica. Su principal función es la creación de sociedades intermediarias que logren maniobrar fiscalmente por el secreto que es la principal norma que forma parte de los paraísos fiscales y da la seguridad de que está muy bien protegida sus operaciones para obtener los resultados esperados. Hay que resaltar que en los paraísos fiscales se impide que los no residentes tengan actividades económicas en dicho país, únicamente se lo usa por medio de sociedades instrumentales para cumplir sus fines impositivos, es por eso que la mayoría de clientes lo son las grandes multinacionales que logran des localizar sus bases imponibles de sus estados que manejan una tributación ordinaria. El fundamento para que existan y sigan existiendo paraísos fiscales es que existe una soberanía fiscal para mantenerlos incólumes o la tolerancia a nivel global que ha trascendido desde la génesis de paraísos fiscales. Los países de baja tributación existen porque hay países de alta tributación y los paraísos fiscales existen porque siguen siendo útiles.

2) Existe la creación de las medidas unilaterales que cada país las incorpora a su legislación interna para contrarrestar el uso de paraísos fiscales, regímenes fiscales preferentes o jurisdicciones de menor imposición (términos que difieren su definición de acuerdo a los criterios de calificación impuestos en la Resolución del SRI), como las explicadas en el capítulo II. Existe de

igual forma medidas bilaterales como la firma de convenios de doble imposición con cláusula de intercambio de información o convenios específicos de intercambio de información que han sido firmados por los Estados con aquellos países considerados como paraísos fiscales para poder excluirlos de la lista que maneja cada país. Se analizó las medidas unilaterales creadas en países de la Comunidad Andina de Naciones (Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia) y España. Concluyendo que España es el país de los comparados que cuenta con mayor número de medidas anti paraíso, que ha servido de base para otras legislaciones. Colombia fue el primero de los países andinos en incorporar medidas a su legislación interna. Perú lo hizo en el 2001, Ecuador las incorporó recién a partir del 2007 mediante la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria y Bolivia no cuenta con medidas anti paraíso.

3) En el actual escenario que vivimos como consecuencia de la globalización, solo una efectiva cooperación internacional, una cooperación entre Estados de carácter política, es la solución para afrontar el problema investigado a lo largo de este documento académico. Se han adoptado medidas bilaterales como son los convenios de doble imposición con cláusula de intercambio de información y los propios acuerdos de intercambio de información, pero esto no es suficiente. Se debe profundizar la cooperación fiscal internacional con las recomendaciones dadas en este documento. Existe falta de voluntad política y la imposibilidad de intervenir cuando se dan incumplimiento a los acuerdos que llegan países o territorios que se han autodenominado paraísos fiscales. Se busca que se dé un respeto a principios como transparencia financiera y cooperación internacional.

Recomendaciones:

- Se debe incorporar al Ecuador las medidas anti-paraíso que en nuestro cuadro comparativo pudimos observar que no existen y han sido formuladas por España.

- Se debe mejorar la legislación internacional- acuerdos multilaterales- organismos supranacionales, por ejemplo emitir una Decisión de la Comunidad Andina, reuniendo a todos los países que la conforman (Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia y armonizar las legislaciones nacionales es decir realizar modificatorias en base a intercambio de experiencias positivas en cuanto a las medidas anti paraíso que han resultado efectivas en dicho territorio.

- Los países que viven de hacer competencia desleal, de robar la base imponible de los otros estados, deben ser realmente impuestos sanciones muy fuertes podría hacerlo Estados Unidos; la Unión Europea está haciendo aunque con muchas dificultades.

- Existe una ley que obliga a todos los bancos que faciliten información de sus clientes estadounidenses, en las cuentas que tengan en todo el mundo la llamada ley FATCA esa ley debería servir de base para considerar la implementación de una igual a nivel de la CAN, podría transparentar el movimiento de capital de los contribuyentes.

- Se debe extender en el intercambio automático de información, sin ningún tipo de obstáculo a los otros países, se debe cooperar internacionalmente en materia fiscal, para que los países que puedan obtener información de un contribuyente de X país que tenga operaciones con paraísos fiscales automáticamente reporte a la Administración Tributaria de dicho país que podría estar perjudicado por la falta de información con la que operan estos Estados, territorios, jurisdicciones.

- Se necesita cooperación internacional que se ha de materializar en instrumentos jurídicos internacionales convenios para evitar la doble imposición internacional, convenios sobre cooperación fiscal y de asistencia mutua. Intentar crear un convenio internacional, teniendo como base el convenio firmado entre el consejo de Europa y la OCDE sobre asistencia

mutua. (Que la información se dé independientemente de quien le pida que no se dé solo a EEUU porque es poderoso).

- Tomando en cuenta que en base a nuestra lista de paraísos fiscales, la mayoría se ubican en Europa, se requiere el apoyo de la Unión Europea buscando que dichos países otorguen la información que una comisión solicite y poder transparentar la fuga de capitales que se dan hacia esos países.

- Buscar el apoyo de organismos internacionales tales como: ONU, OCDE y GAFI cada una de acuerdo a su motivo de creación para que ayuden a crear más medidas anti paraíso o buscar solución a este difícil problema que en vez de disminuir sus impactos, ha crecido notablemente.

- Los países deben reforzar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas, así como los poderes de investigación que les permita detectar y prevenir *“las conductas fraudulentas o de evasión”* tanto en el plano interno como en el internacional.

Glosario

A contrario sensu.- En sentido contrario.

Base companies.- Son estructuras jurídico-societarias que configuran ciertos contribuyentes para reducir la carga fiscal, estas entidades son las que precisamente perciben las rentas que debería recibir la sociedad matriz, con lo cual se sustrae de la base imponible tales ingresos, o se difiere su tributación.

Conduit companies.- sociedades de enlace son estructuras jurídico- societarias que se constituyen principalmente para aprovecharse de los mismos Convenios de Doble Imposición (CDIs) que suscriben algunos Estados.

Controlled Foreign Company Legislation: Régimen de transparencia fiscal internacional que constituye el conjunto de normas creadas para atenuar el riesgo de pérdida de bases imponibles, a través de la pérdida de ciertos beneficios fiscales, la previsión de obligaciones formales agravadas y el control de precios de transferencia.

Evasión: implica la transgresión de la legislación tributaria vigente.

Elusión: supone que los contribuyentes usan los resquicios o fisuras de la ley, actuando dentro de los márgenes permitidos por la normativa.

Free riders.- o libres andantes, que en términos de la OCDE, son aquellos contribuyentes que se benefician del gasto público en sus países de origen, pero no contribuyen con su financiación al utilizar herramientas de evasión.

Foreign Companies: compañías extranjeras.

Medidas anti-paraíso.- Son herramientas, mecanismos o instrumentos normativos que tienen como finalidad restringir o desincentivar la utilización de paraísos fiscales. En consecuencia éstas se disponen fundamentalmente para combatir tanto la evasión como la elusión fiscal.

Prima facie.- primera apariencia.

Principio arm's length.- El Principio de plena competencia es un principio internacional de precios de transferencia, que implica que los precios entre empresas relacionadas deberán ser pactadas al precio del mercado, como si se tratara de un tercero independiente.

Paraísos fiscales offshore o extraterritoriales.- países o territorios que otorgan beneficios fiscales para extranjeros.

Sociedades offshore.- también llamadas sociedades no residentes, se caracterizan por estar constituidas en un paraíso fiscal, en el que no realizan ninguna actividad económica o comercial.

Tax base shifting.- Es la 'erosión' de la base imponible de los impuestos de los países de alto nivel impositivo hacia los países de baja tributación.

Tax havens.- Conocido como paraísos fiscales, aquellos territorios que poseen sistemas tributarios que ofrecen una baja o nula imposición, usualmente respecto de impuestos directos (p.ej. impuesto a la renta), lo cual incide en la atracción de capitales provenientes del exterior.

Tax shelters.- Son aquellas normas de un Estado, creadas para otorgar beneficios fiscales, atenuar o eliminar el impacto tributario, cuando el contribuyente se encuadren dentro de los presupuestos que la normativa correspondiente establezca.

Tax loopholes.- Se entiende como resquicios, fisuras o contradicciones legales que presentan los sistemas o regímenes fiscales. Los cuales pueden ser aprovechados por el contribuyente mediante la interpretación de la normativa tributaria.

Transfer pricing.- Es el régimen de precios de transferencia, un mecanismo jurídico con vista a impedir que los contribuyentes en operaciones internacionales alteren artificialmente los precios de un bien o servicio, por el uso de compañías vinculadas situadas en jurisdicciones que permiten disminuir el impacto tributario final.

Treaty shopping.- Considerado como fraude en convenio, es decir la utilización incorrecta de los convenios de doble imposición internacional, para acceder a beneficios contenidos y concedidos a determinados sujetos.

Bibliografía

PUBLICACIONES

- Alvi Ibáñez, Emilio y José Luis García Ariznavarreta, *Sistema Fiscal Español*, Barcelona: Ariel, 1997.
- Alva Matteucci, Mario. “Los paraísos fiscales”. En Daniel Yacolca, director, *Doctrina y casuística de derecho tributario*, 789-806. Lima: Academia Internacional de Derecho Tributario, 2010.
- “¿Cómo reconocer a un país o territorio que califica como Paraíso Fiscal?, *Actualidad Empresarial*. No. 213 (2 quincena 2010):1-3.
- Auditoría Ciudadana de la Deuda Latindadd, *América Latina: paraíso fiscal de los rentistas*, Lima: Red Latinoamericana sobre Deuda, Desarrollo y Derechos – Latindadd, 2011.
- Calderón Carrero, José Manuel y Adolfo J. Martín Jiménez. “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”. *Crónica Tributaria*, No. 111 (II trimestre 2004): 41-98.
- Courtis, Christian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. En Christian Courtis, editor, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, 41-67. Madrid: Trotta, 2006.
- Cruz Parcerero, Juan Antonio. “Los métodos para los juristas”. En Christian Courtis, editor, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, 17-39. Madrid: Trotta, 2006.
- De Lima Lopes, José Reinaldo. “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. En Christian Courtis, editor, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, 41-67. Madrid: Trotta, 2006.

- Garzón Espinosa, Alberto. “Los paraísos fiscales en la globalización financiera”. *HAO*, No. 26 (Otoño, 2011): 141-153.
- Manya, Marlon. *Apuntes de fiscalidad internacional*. Quito: Trenio, 2009.
- Marino, Giuseppe. “La consideración de los paraísos fiscales y su evolución”. En Víctor Uckmar, coordinador, *Curso de Derecho Tributario Internacional*, 181-203. Bogotá: Temis, 2003.
- Meza Martínez, Ciro. “Los paraísos fiscales y la reforma tributaria”. *Vnivesitas*, No. 105 (I semestre 2003): 415-430.
- Rivero, Ricardo E. *Paraísos fiscales: aspectos tributarios y societarios*. Buenos Aires: Integra Internacional, 2001.
- Salto van der Laet, Diego. “Los paraísos fiscales como escenarios de elusión fiscal internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española”. *Crónica Tributaria*, No. 93 (I trimestre 2000): 49-88.
- Sanz Gadea, Eduardo. “Transparencia fiscal internacional”. En Teodoro Cordón, director, *Manual de fiscalidad internacional*, 257-397. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001.
- Rodríguez Santos, Francisco. “Planificación fiscal internacional”. En Teodoro Cordón, director, *Manual de fiscalidad internacional*, 399-425. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001.
- Bustamante Esquivias, Ma. Dolores. “Fiscalidad internacional e intercambio de información”. En Teodoro Cordón, director, *Manual de fiscalidad internacional*, 483-509. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001.
- Troya, José. *Derecho Internacional Tributario*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990.
- Vallejo Chamorro, José María. “La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea”. *Información Comercial Española*, No. 825 (V bimestre 2005): 147-160.

LINCOGRAFÍA

- Ecuador, Servicio de Rentas Internas, SRI. “Recaudación tributaria 2013”. <<http://www.sri.gob.ec/de/249>>. Consulta 13 de agosto de 2014.

Ecuador. Ministerio de Finanzas. “Pro forma presupuestaria 2013”.
<http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/07/BOLETIN-PROFORMA-2013-4-julio-2013.pdf>. Consulta: 20 de julio de 2014.

Mur Valdivia, Miguel. “Paraísos fiscales. Normatividad Peruana Anti Paraísos”. Asociación Fiscal Internacional IFA (Grupo Peruano). <
http://www.ifaperu.org/uploads/files/Mur_19-09-2013.pdf>. Consulta 4 de septiembre de 2014.

Televisión Española. “Paraísos fiscales. La gran evasión”. <
<https://www.youtube.com/watch?v=zIs9gMqKuyw>>. Consulta: 20 de agosto de 2014.

ARTÍCULOS DE PRENSA

“América Latina prefiere la caja del paraíso fiscal”, *Hoy* (Quito), 1ª ed., 28 de mayo de 2013, 2.

“El PGE de 2014 se sustenta en la recaudación tributaria”, *El Telégrafo* (Guayaquil), sección Economía, 14 de noviembre de 2013.

NORMATIVA

Nacional

Constitución de la República del Ecuador [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.

Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI. Registro Oficial, Suplemento*, No. 351, 29 de diciembre de 2010.

Ecuador. *Código Tributario. Registro Oficial Suplemento*, No. 38, 14 de junio de 2005.

Ecuador. *Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, LORTI. Registro Oficial, Suplemento*, No. 463, Quito, 17 de noviembre de 2004.

Ecuador. *Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador. Registro Oficial, Suplemento*, No. 242, Quito, 29 de diciembre de 2007.

Ecuador. Servicio de Rentas Internas, SRI. “Resolución NAC-DGER2008-0182: Paraísos y regímenes fiscales preferentes”. *Registro Oficial Suplemento*, No. 285, 29 de febrero de 2008.

Ecuador. *Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, LOIP paraísos fiscales*. Registro Oficial, Suplemento, No. 405, Quito, 29 de diciembre 2014.

Ecuador. Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo 539. “Reglamento a la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal” [2014] Registro Oficial, Suplemento, No. 407, Quito, 31 de diciembre 2014.

Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Ley 0. Registro Oficial, Suplemento, No. 351, de 29 de diciembre de 2010.

Ecuador. *Reglamento a la Ley de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal*, Decreto Ejecutivo 539, Registro Oficial Suplemento 407, de 31 de diciembre de 2014.

Internacional

Colombia. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, “Decreto 2193, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario”. *Diario Oficial*, No. 48936, Bogotá, 7 de octubre de 2013.

España. Ministerio de Economía y Hacienda, “Real Decreto 1080/1991, por que se determinan los países o territorios [...]”. *Boletín Oficial del Estado*, No. 18119, Madrid, 13 de julio de 1991.

Perú. Ministerio de Economía y Finanzas, “Decreto Supremo N° 045-2001-EF”. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 20 de marzo de 2001.