

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

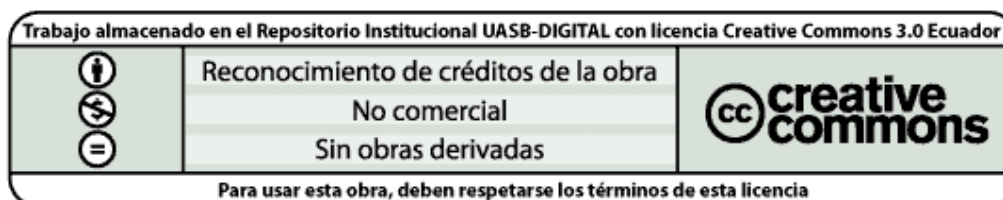
Mención en Derecho Tributario

Análisis jurídico de la naturaleza de la subcapitalización

Autor: Erwain Wuilson Yar Freire

Tutor: Gustavo Guerra Bello

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, *Yar Freire Erwuin Wuilson*, autor de la tesis intitulada “Análisis jurídico y financiero de la naturaleza de la subcapitalización”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:

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

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

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

Fecha:

Firma.....

Resumen

Esta tesis se desarrolla en torno a los presupuestos que se consideran fundamentales para que se configure la denominada subcapitalización, figura esta que se abordará desde la perspectiva de la normativa tributaria, así como, de ciertos lineamientos en materias complementarias a la figura analizada.

Los principales objetivos del presente trabajo de investigación se encaminan a poder describir el por qué se configura esta Infracapitalización, partiendo de los elementos necesarios en su estructura, así como de ciertos fundamentos financieros y económicos que propenden a determinar que se ha incurrido en la consabida Infracapitalización, con lo que se podrá observar, cuál es el efecto económico en la determinación del impuesto a la renta, estableciendo paralelamente las responsabilidades y obligaciones a que se ven sometidos quienes emprenden en una sociedad con fines de lucro.

En la actualidad debido al esquema económico de globalización, es frecuente escuchar el término de subcapitalización, sin embargo, este tema en nuestra legislación cobró fuerza a partir del año 2008, cuya esencia se mantiene hasta hoy, y siendo que la limitación de la figura se fundamenta en un porcentaje de ratio entre el patrimonio de la sociedad, respecto de los créditos externos logrados, considero que ésta es la razón por la cual resulta preponderante conocer los efectos de un endeudamiento excesivo.

La metodología propuesta en esta investigación es la de carácter dogmático formal, misma que se verá complementada con los aspectos normativos inherentes al tema, así como de los respectivos análisis, inducciones y deducciones de los textos propuestos por diferentes autores en torno al tema de estudio.

La principal conclusión a la que aspiro arribar en esta investigación, gira en torno a entender bajo que supuestos se produce la figura de la subcapitalización, y sus efectos ante la norma tributaria.

Agradecimiento

Mi más sincero agradecimiento a todos aquellos profesores que de una forma por demás desinteresada compartieron sus conocimientos, que me permitieron realizar mis estudios en la prestigiosa Universidad Andina Simón Bolívar, con sede en Ecuador, y de manera muy particular a mi tutor, el doctor Gustavo Guerra B.

Dedicatoria

Dedico este trabajo de investigación a aquellas personas a quienes de forma directa e indirecta, me han dado la oportunidad de crecer profesionalmente, personas quienes con su apoyo y comprensión se constituyeron en un pilar fundamental para culminar mis estudios, en especial a mis padres Mery y Oswaldo, por su apoyo incondicional.

Índice de contenido

Capítulo 1	10
La subcapitalización y sus elementos.	10
1.1 Definición de subcapitalización.....	10
1.2 Clases de subcapitalización.	16
1.2.1 Subcapitalización Material.....	17
1.2.2 Subcapitalización Formal o Nominal.	18
1.3 Elementos de la subcapitalización formal o nominal.	19
1.3.1 El financiamiento.	20
1.3.1.1 Fuentes de financiamiento interno.	21
1.3.1.2 Fuentes de financiamiento externo.....	21
1.3.1.3 Obligaciones y responsabilidades de los socios o accionistas.	25
1.3.1.3.1 Los aportes.	27
1.3.2 El Crédito de proveedores.	31
1.3.3 La vinculación o relación.....	34
1.3.3.1 Precios de transferencia.....	36
1.3.3.2 Principio de plena competencia (arm's length).	39
1.3.4 La proporción de endeudamiento.	45
1.3.4.1 Índice de endeudamiento.....	48
1.3.4.2 El apalancamiento.	51
1.3.5 La garantía.....	53
1.3.6 Objeto del financiamiento.	58
Capítulo 2	65
2. Naturaleza jurídica de la subcapitalización.	65
2.1 La sociedad.	68
2.2 El contrato de mutuo.....	73
2.3 El gasto interés.....	76
2.4 Recursos propios versus recursos ajenos.....	84
2.5 Consecuencia jurídica al tratarse al interés como dividendo.	90
2.7 Principios rectores de la subcapitalización.....	93
2.7.1 Principio de no discriminación.....	93
2.7.2 Métodos de determinación de la subcapitalización.	95
2.7.2.1 El método subjetivo.	95

2.7.2.2 El método objetivo.....	96
2.7.3 Principio de realidad económica.....	97
2.7.4 El principio de la realidad económica en la norma ecuatoriana.....	103
2.7.5 Principio de la capacidad contributiva.....	105
2.7.6 La simulación.....	108
Capítulo 3.....	114
3. Recursos de casación y análisis.....	114
3.1 Recurso de casación No. 271-2010.....	115
3.2 Recurso de casación No. 357-2011.....	118
3.3 Recurso de casación No. 442-2010.....	120
3.4 Recurso de casación No. 580-2014.....	123
3.5 Recurso de casación No. 63-2013.....	126
3.6 Recurso de casación No. 226-2009.....	130
3.7 Recursos de casación No. 497-2010.....	136
3.8 Observaciones en torno a los fallos de casación citados.....	138
Conclusiones.....	143

Introducción

El Estado al ser el principal gestor del desarrollo económico, tiene como parte de sus objetivos, lograr el régimen del "buen vivir" incorporado en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, régimen que propende a una transformación a través de un nuevo modelo de desarrollo, en el cual adquiere gran importancia la inversión privada nacional y extranjera, en varias áreas productivas, que de cierta forma constituyen un modelo cepalino de crecimiento hacia adentro, circunstancia que implica a que el control normativo, a través de la administración tributaria, se enfoque en precautelar que aquellos que emprenden en una sociedad con fines de lucro, no incurran en arbitrariedades de orden tributario, a pretexto de realizar inversiones en pos de dicho desarrollo económico.

El objeto del presente trabajo es conocer qué es, en qué consiste la figura de la subcapitalización, y sus efectos económicos en el impuesto a la renta, como resultado de realizar actividades de financiamiento en el ejercicio de las actividades empresariales, asimilando si el resultado de estas operaciones generan un efecto tributario para el Estado, en donde podrá apreciarse si los socios inversionistas, tienen algún grado de responsabilidad frente al ente social creado, ya que éstos al verse afectados tributariamente en sus inversiones, prefieren no capitalizar sus negocios y así precautelar su patrimonio. El establecer si es más ventajoso obtener recursos de fuente externa o de una interna, hace la diferencia al momento de invertir, ya que, a pesar de haber muchos estudios referentes al tema de la subcapitalización, los mismos son de carácter tan técnico y especializado, que confunden a aquellos que no están familiarizados con esta figura, por lo que el objetivo fundamental del presente trabajo, es entender en que consiste la llamada subcapitalización, de una forma lo más sintética y simple posible, así como el establecer los efectos que ella produce, bajo la normativa actual.

En el mismo sentido, es importante conocer cómo es que la administración de justicia ha venido tratando en sus decisiones al tema a analizarse, siempre desde una perspectiva local, pues la afectación económica en la que se incurre por el desconocimiento de este tema, de forma general, acarrea más de un problema sancionatorio, circunstancia por la cual, este es un tema de suma importancia, no solo para los sujetos pasivos de tributos, sino también para el colectivo, que no tiene claro el cómo opera la figura de la

infracapitalización y los matices en ella aplicados. Como antecedente previo al tema en cuestión, aclaro que el mismo se enfoca estrictamente a las sociedades de capital y aquellas personas que por su naturaleza contributiva se asemejan a las mismas, esto es, a las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, sin embargo, para fines de desarrollo del tema, se entenderá que cuando se habla de empresa o sociedad, se asimilan a estas las sociedades de capital y las personas naturales citadas.

Capítulo 1

La subcapitalización y sus elementos.

1.1 Definición de subcapitalización.

Para entender de forma clara todo lo que encierra el tema propuesto es necesario tener claro qué es la subcapitalización, pues de dicha definición será posible establecer los elementos que la conforman, así como sus alcances y limitaciones, razón por la que considero pertinente iniciar con una definición básica propuesta por Lucio Manosalva Afanador, quien manifiesta:

Subcapitalización de empresas: Consiste en la financiación con capital ajeno, en forma desproporcionada frente a la financiación con capital propio, en una empresa, por causa de tratamientos tributarios diferenciales a estos dos tipos de financiación.¹

Este concepto encierra una base sustancial de lo que en sí representa la subcapitalización, de tal manera que se entiende que el financiamiento que una empresa obtenga puede provenir fundamentalmente de dos fuentes: la primera, por medio de terceros prestamistas (instituciones financieras), y la segunda, de sus mismos socios, figura que se la conoce como capitalización; en donde, el financiamiento obtenido de terceros es muy superior en comparación al aporte proporcionado por los socios, o dicho de otra manera, la inyección de capital que debieron hacer los socios fundadores, para que la empresa funcione, fue mínima y esto obliga a obtener un financiamiento externo para cumplir el objetivo social, generalmente dicha apreciación es de carácter monetaria. Además claramente el autor nos induce ya hacía la perspectiva de la subcapitalización en su fundamento tributario financiero, pues tributariamente el financiamiento por parte de los socios es diferente al tratamiento tributario por la obtención de recursos de terceros, siendo notable la diferencia entre uno y otro, ya que el objeto, en este último, es el de obtener una ventaja tributaria, como consecuencia de dicho financiamiento. Frente a esto, es indudable que cuando se refiere a una desproporción entre los supuestos de financiamiento, esto es, el capital aportado por los socios y aquel obtenido de terceros, aparentemente no debería generar una gran controversia, sin embargo, al existir dicha desproporción nos encontramos

¹ Lucio Enrique Manosalva Afanador, *Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de las empresas*, (Lisboa, actas de la XIX jornadas latinoamericanas de derecho tributario, 1998), 60.

frente a dos supuestos: el primero, referente al por qué es necesaria la financiación; y, el segundo, a la razón de dicha desproporción.

Para entender de mejor manera estos supuestos, Teodoro Cordón Ezquerro, nos presenta un resumen de las definiciones más usuales de supuesto del hecho de Winter (1973):

El problema de la subcapitalización de las sociedades empieza a interesar especialmente al Derecho Mercantil pues en cuanto se produce una aportación insuficiente o encubierta de capital se modifica la responsabilidad patrimonial de las mismas respecto al riesgo empresarial. Desde esta perspectiva, podemos definir la subcapitalización como cualquier desproporción conmensurable o constatable entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado legal o estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social².

Félix Vega, busca un acercamiento de índole tributario y nos manifiesta que:

Por tanto, el término subcapitalización, desde la óptica tributaria, debe entenderse en términos más restrictivos. No cualquier desproporción manifiesta entre recursos ajenos y propios es objeto de la norma tributaria sobre subcapitalización, sino solamente cuando el endeudamiento desproporcionado con sujetos con los que la entidad financiada se encuentra vinculada excede de su capacidad de crédito.³

Se entiende entonces que, se recurre al financiamiento, debido a que existe una carencia de capital en una determinada empresa la cual debe cumplir con su objeto social, circunstancia que está directamente relacionada con la responsabilidad patrimonial, pues además, dicho financiamiento tiene estrecha vinculación con los riesgos asumidos por el ente social. Se vuelve necesario entender que existen fundamentalmente dos tipos de empresas: a) Las cerradas, en las cuales sus socios o partícipes constituyen un grupo limitado (empresas familiares), por cuyo carácter personalista o de confianza, la responsabilidad gira en torno a reducir los riesgos empresariales que cada socio tendría que soportar como empresario individual; y, b) Las empresas abiertas, en donde los socios o partícipes, pueden ser de un número ilimitado (como el de las sociedades anónimas) o estar constituidos por grupos empresariales, en las que la responsabilidad se encamina hacia

² Teodoro Cordón Ezquerro y Manuel Gutiérrez Lousa, *Manual de fiscalidad internacional, la subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, (Madrid, Instituto de estudios fiscales, 2001), 303.

³ Félix Vega, *La Norma Tributaria en materia de Subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario*, *Crónica tributaria*, (ISSN 0210-2919, N° 104, 2002), 7.

facilitar economías de escala en la formación del capital⁴. Desde esta perspectiva, la responsabilidad se somete al eventual riesgo en que se incurre por la necesidad del financiamiento, riesgo por el cual se vinculan el deudor y el acreedor, pues como se mencionó, en el caso de las empresas cerradas, dicho riesgo se asocia directamente al patrimonio de los socios; y, en las abiertas éste sería asumido por la sociedad, sin afectar al patrimonio de cada uno de los socios.

En el caso de la responsabilidad de la sociedad por las deudas que contraiga durante su funcionamiento, se está en presencia, en efecto, de la deuda y de la consiguiente responsabilidad; en cambio, en el caso de que los socios respondan personalmente de las obligaciones sociales, se estaría ante una responsabilidad sin deuda (sin deuda propia y personal, cuando menos). Esto, parece evidente cuando la sociedad tiene una personalidad propia; lo que, salvo casos excepcionales (sociedades en proceso de formación), siempre ocurre en derecho. Empero si ésta es la apariencia, la realidad y la motivación jurídica son distintas⁵.

En lo que tiene que ver con la responsabilidad de los socios, lo abordaré más adelante, debido a que este supuesto tiene características e importancia propias al tema en análisis. Es conveniente señalar que dentro del grupo de las sociedades, específicamente en lo referente a las filiales, la limitación de la responsabilidad no es una función financiera, sino que se puede vincular a una economía de escala⁶, o a una función de diversificación de

⁴ Pontificia Universidad Católica del Ecuador, *Economías de Escala*, El concepto de "economías de escala" sirve para el largo plazo, y hace referencia a las reducciones en el coste unitario a medida que el tamaño de una instalación y los niveles de utilización de inputs aumentan, Las fuentes habituales de economías de escala son el inventario (compra a gran escala de materiales a través de contratos a largo plazo), de gestión y logística (aumentando la especialización de los gestores), financiera (obteniendo costes de interés menores en la financiación de los bancos), marketing y tecnológicas (beneficiándose de los rendimientos de escala en la función de producción), acceso: 9 de agosto de 2015, véase en: <http://www.puce.edu.ec/economia/efi/index.php/economia-internacional/14-competitividad/20-economias-de-escala>

⁵ Jorge Barrera Graf, *Las Sociedades en el Derecho Mexicano*, (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983), 90

⁶ Pontificia Universidad Católica del Ecuador, *Economías de Escala*, El concepto de "economías de escala" sirve para el largo plazo, y hace referencia a las reducciones en el coste unitario a medida que el tamaño de una instalación y los niveles de utilización de inputs aumentan, Las fuentes habituales de economías de escala son el inventario (compra a gran escala de materiales a través de contratos a largo plazo), de gestión y logística (aumentando la especialización de los gestores), financiera (obteniendo costes de interés menores en la financiación de los bancos), marketing y tecnológicas (beneficiándose de los rendimientos de escala en la función de producción), acceso: 10 de agosto 2015, véase en:

riesgos, ya que estas son constituidas con el objeto de que, su eventual fracaso, no afecte al patrimonio de una sociedad matriz⁷.

En lo que atañe a la desproporción (como razón financiera), y como se pudo apreciar, el financiamiento de una u otra manera acarrea aspectos de índole económico y legal, en donde, el riesgo asociado se da por la responsabilidad de los administradores de un ente social, al obtener recursos económicos o su equivalente a través de instituciones financieras o por recursos de sus propios socios; de tal forma que cuando este financiamiento resulta desproporcionado en relación al capital de la sociedad, sea este de constitución o definido estatutariamente, se configura la subcapitalización en su forma más básica. Sin embargo, acorde a lo establecido por Félix Vega, en el ámbito tributario, se configuraría la subcapitalización, cuando el endeudamiento desproporcionado, como resultado del financiamiento, proviene de una parte vinculada o relacionada (socios), en donde se puede constatar que los recursos así obtenidos, exceden la capacidad para endeudarse, ya que como veremos más adelante, la deducibilidad de los intereses para la determinación del impuesto la renta, también gira en torno a la capacidad que tiene el ente para pagar sobre los recursos obtenidos (capital e intereses), dado que tributariamente son deducibles únicamente los intereses pagados, que se relacionan al monto del crédito, limitado a la capacidad de endeudamiento de la empresa; y, además se debe apreciar que si este financiamiento proviene de terceros vinculados o relacionados, no se configuraría la subcapitalización porque los recursos provengan de estos, sino que, al provenir el crédito de una parte vinculada, no es necesario tomar en consideración, para su otorgamiento, el análisis financiero que sobre la capacidad de endeudamiento se deba realizar (como uno de los requisitos), para lograr dicho crédito, ya que al ser la parte relacionada la misma que autorizará el endeudamiento desproporcionado, no se le da importancia a la capacidad de pago, como requisito previo para obtener el mismo, esto desde un punto de vista de una operación crediticia normal entre la institución financiera acreedora y el deudor.

<http://www.puce.edu.ec/economia/efi/index.php/economia-internacional/14-competitividad/20-economias-de-escala>

⁷ Teodoro Cordón Ezquerro y Manuel Gutiérrez Lousa, *Manual de fiscalidad internacional, la subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, (Madrid, Instituto de estudios fiscales, 2001), 304.

Podemos colegir entonces que cuando hablamos de la subcapitalización, implícitamente nos estamos refiriendo a una figura de financiamiento, cuyo origen puede ser de carácter interno y externo, como lo veremos más adelante; y, cuyo fundamento se encuentra en la relación existente entre el prestamista y el prestatario, pues de por medio existe un vínculo o relación entre éstos, que va más allá del alcance legal o normativo que un contrato de préstamo le puede condicionar, para que se le otorguen recursos a la sociedad, ya que detrás de la figura legal, se puede pretender confundir el porqué de los fondos proporcionados; es decir, la figura legal le llamará préstamo, pero si los fondos provienen de una parte vinculada o relacionada, en la cual no se utilizan parámetros previos de mercado (como si tratara de obtener un crédito de una institución financiera), o consideraciones financieras para otorgarle dicho crédito, entonces se está hablando de subcapitalización, sin dejar de lado el hecho de que la misma se configure, en virtud al exceso de financiamiento, el mismo que sobrepasa su capacidad real de pago.

Por otra parte es posible identificar tácitamente que no toda desproporción, entre los recursos obtenidos de terceros, respecto a aquellos aportados por los socios, implica necesariamente una infracapitalización, pues se vuelve necesario considerar que los ingresos logrados por la sociedad vía préstamo, tienen una relación directa con las condiciones para obtenerlo, y dentro de estas se establece, el poder otorgar una garantía que avale o responda por el futuro valor a percibirse, tal como lo veremos más adelante; de tal forma que claramente nos encontrarnos ante dos supuestos: a) Si esta garantía existe podríamos estar hablando naturalmente de un hecho económico puro y sin vinculación, a pesar de esto y como analizaremos en otro capítulo, se puede tratar simplemente de la figura de simulación⁸; y, b) Si la garantía no existe, se establece implícitamente un nexo entre el prestamista y el prestatario, debido a que se supone que la garantía no es necesaria si se trata de un socio o vinculado a la sociedad prestataria, dado que por el hecho de ser tal, mantiene de una u otra forma, control sobre los valores entregados a la sociedad, y de igual forma controlaría como lograr la recuperación del crédito. Es oportuno aclarar que esta relación existente entre la sociedad y sus accionistas en Derecho Tributario y más específicamente la Ley de Régimen Tributario Interno, le reconoce simplemente como

⁸ Diccionario de la Lengua Española, *Simulación*, Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato. Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Acceso: 5 de octubre 2015, véase en: <http://dle.rae.es/?id=XvyuZ0x>.

vinculación o partes relacionadas, cuyo alcance es imprescindible en nuestro tema de estudio.

En el mismo sentido, Marlon Manya, al citar a Lete, expone respecto a la definición de subcapitalización, lo siguiente:

Lete, por su parte define a la subcapitalización como “la situación financiera de una sociedad residente en la que el volumen de recursos ajenos respecto de los recursos propios de aquella supera la proporción que puede considerarse normal respecto de las operaciones que se efectúan en libre concurrencia, buscándose tal situación a través de préstamos con entidades vinculadas no residentes con un fin de reducción a efectos fiscales del beneficio gravable de la primera sociedad”. Desde la perspectiva del derecho mercantil español, “la subcapitalización hace referencia a la responsabilidad social y de los socios por las deudas sociales. En este sentido, se trata de circunstancias en las cuales los socios o accionistas no proporcionan los recursos necesarios para el funcionamiento de la empresa, con lo cual se ocasiona una situación de insuficiencia de capital. En un sentido amplio, se establece que una entidad se encuentra subcapitalizada o en una situación de infracapitalización cuando su estructura financiera revela una desproporción entre la cifra resultante de comparar los recursos propios y la cifra que resulta de las distintas partidas que integran los recursos ajenos⁹.

De lo expuesto por el tratadista podemos apreciar que en el ámbito del tema de estudio, se contrae en primera instancia a ratificar la desproporción entre el capital que mantiene la empresa, respecto a los recursos obtenidos, estableciendo así el aspecto de la libre concurrencia, esto es, que las operaciones de financiamiento no deberían en teoría, superar a aquellas operaciones a las cuales el ente podría acceder a través de cualquier institución financiera, por su propia capacidad de pago, y que sin embargo de aquello, si cumpliera con dicha capacidad de endeudamiento, al obtenerlas de una parte vinculada, lo que se busca desde el punto de vista de control tributario, es una ventaja fiscal; pudiendo por otro lado, simplemente ser una estrategia empresarial, cuyo fin es una economía de opción¹⁰, esto es, reducir al mínimo los costos de dicha financiación. Por otra parte se hace

⁹ Marlon Manya Orellana, *Apuntes de fiscalidad internacional*, (Quito, Trenio S.A., 2009), 66.

¹⁰ Álvaro R. Mejía Salazar, *Diccionario Derecho Tributario*, expone: José Larraz es el primer autor que utilizó este término. Señalaba que importan mucho no confundir el *fraus legis* fisci con otra figura peculiar de derecho tributario, la cual, se denomina economía de opción. La economía de opción tiene de común con el *fraus legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad, de ningún modo se da simulación, también coinciden en no contrariar la letra legal y en procurar ahorro tributario. Pero fuera de esos trazos comunes, el fraude de la ley y la economía de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley, en tanto que si lo hace el *fraus legis*. La opción se ofrece, a veces, explícitamente por la propia ley. (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 125.

referencia que al contratarse un crédito, esta responsabilidad por la obligación que este financiamiento conlleva, se transfiere a los socios, pues como mencionó el autor, estos tienen la obligación de inyectar el capital necesario para el funcionamiento y operación de la empresa. En definitiva, si la empresa no posee tales recursos operacionales y se recurre a la obtención externa de recursos (de forma desproporcionada), entonces estamos frente a la figura de la subcapitalización.

Acogiendo todo lo expuesto, podríamos entonces definir a la subcapitalización como: La situación en la cual, el capital de un ente resulta insuficiente o inferior a la que se debe considerar como adecuado para lograr su objeto social, por lo que a fin de corregir dicha situación desfavorable, se recurre a un financiamiento directo de carácter interno, que proviene de socios o relacionados; o de un indirecto, de carácter externo proveniente de terceros independientes al ente; cuyo monto obtenido conduce a que se configure una desproporción financiera (índice), entre éste y el capital legal o estatutario, con la respectiva aceptación del riesgo que dicho financiamiento revierte, frente a la falta de aportes de los socios necesarios para la operación del ente social; financiamiento este, que al lograrse de una parte relacionada, permite potencialmente obtener ciertas ventajas tributarias. Tal como lo veremos al analizar los efectos de la subcapitalización.

Ante esta definición propuesta, es pertinente aclarar que, en la misma se han presentado dos supuestos básicos, el primero referente a la falta de recursos para la operación del ente social, que como veremos a continuación, se la conoce como infracapitalización material; y, el segundo supuesto que es el que corrige dicha falencia, y que conduce a la subcapitalización nominal.

1.2 Clases de subcapitalización.

Entendida que ha sido la subcapitalización, es pertinente señalar que en definitiva ésta se produce por la falta de capital para la operación del ente, y que pueden concurrir en ella dos aspectos que la definen, y así lo entiende Fernando Serrano Antón, al señalar que:

La subcapitalización es la situación de una sociedad cuyo capital es inferior al que se considera adecuado, la inadecuación puede preverse o bien a que la sociedad carece de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, en cuyo caso se habla de subcapitalización o infracapitalización material, o bien a que, aunque la sociedad posee tales recursos, éstos no consisten en fondos propios, es decir, en

aportaciones de los socios, sino que se le han proporcionado en forma de préstamo o sea de financiación ajena (subcapitalización formal o nominal)¹¹.

Y por su parte Teodoro Cordón Ezquerro, respecto a la misma diferenciación considera que:

Existen dos grandes tipos de subcapitalización en el tráfico societario: la subcapitalización material y la subcapitalización nominal. La subcapitalización material consiste en que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada, de tal modo que se produce una escasez absoluta no sólo del capital de responsabilidad sino también del capital crediticio suministrado por los socios. La subcapitalización nominal se produce cuando la Sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social. La particularidad no reside, por tanto, en la falta de un capital adecuado suficiente, sino en su tratamiento jurídico como capital de crédito, sustraído, consiguientemente, a la severa reglamentación del capital propio o de responsabilidad¹².

Aunque los conceptos establecidos por estos autores son de absoluta claridad, a continuación reafirmaremos en lo que cada uno de ellos consiste.

1.2.1 Subcapitalización Material.

Es aquella que se presenta cuando los recursos financieros que posee la empresa, son inferiores al capital necesario para sus operaciones, sin duda en las empresas constituidas al amparo de la regulación societaria (Ley de Compañías), y dentro de las figuras más conocidas societariamente como son las compañías de responsabilidad limitada, y las de sociedad anónima, en las que para su constitución se exige únicamente un capital de \$ 400 y \$ 800 respectivamente¹³, capitales que en términos generales no permitirían el inicio operativo de una empresa, pues como se había manifestado, es responsabilidad de los socios capitalistas el proveer los fondos necesarios para su funcionamiento y operación, algo que queda en entredicho bajo la normativa local, de tal

¹¹ Fernando Serrano Antón, *Fiscalidad internacional*, 5ta edición, (Madrid: Coyve S.A., 2013), 1099.

¹² Teodoro Cordón Ezquerro, Director, *Manual de Fiscalidad Internacional*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 306.

¹³ Resolución de la Superintendencia de Compañías 99.1.1.13.008, publicada en el Registro Oficial 278 del 16 de septiembre de 1999, establecía entre otros como capitales mínimos: a) Para las compañías de responsabilidad limitada en valor de DIEZ MILLONES DE SUCRES; y, b) Para las compañías anónimas VEINTE MILLONES DE SUCRES. Mediante Registro Oficial del 534 del 13 de marzo de 2000, determinó que el valor expresado en SUCRES, se cuantifique en Dólares de los Estados Unidos de Norte América (Cotización de 25.000 sucres por Cada Dólar), por lo que el monto de capital se determinó en: U.S.D. \$ 400,00; y, \$ 800,00, respectivamente a cada tipo de sociedad.

manera que, si los recursos no han podido ser producidos por el mismo ente con base en sus operaciones regulares, o que tampoco se los ha podido obtener de un medio externo como el financiamiento, o de plano no han sido proporcionados por los socios accionistas, sea cual fuere la razón de esta falta de recursos, estaríamos frente a este tipo de infracapitalización.

1.2.2 Subcapitalización Formal o Nominal.

Esta situación se presenta cuando existen los recursos necesarios para sus operaciones, pero estos recursos nominalmente (de nombre) provienen de fuentes externas como el préstamo; de este tipo de subcapitalización es de la que se preocupa el control tributario, pues el tratamiento jurídico (aparente o simulado) que se le ha dado es de préstamo, cuando en realidad se constituye en un aporte de socios, siendo por tanto, lo verdaderamente relevante, el que sobre dicho crédito se deberán pagar los respectivos intereses, los mismos que se considerarán deducibles por parte del sujeto pasivo, en su declaración de impuesto a la renta; consecuentemente se debe apreciar que el fondo de esto consiste en que, no sólo a la provisión de fondos se le asigna una figura diferente a la real (es aporte y se le llama préstamo), sino que esta función económica así tratada, tiende a sustituir al capital social, cuya responsabilidad le compete a los socios del ente. De esto se desprende que en la subcapitalización nominal, se destaca que formalmente la operación resulta impecable, sin embargo, si observamos lo que realmente sucede inmediatamente percibimos que los préstamos concedidos constituyen el pilar de una construcción impropia que se rige por principios jurídicamente incompatibles: maximización del beneficio y minimización del riesgo. Con todo, no se puede calificar de impropia toda operación crediticia en la que coincidan o se superpongan la posición del socio y de acreedor. La impropiedad se produce sólo cuando la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación del capital de responsabilidad. Es decir, cuando el préstamo es formalmente capital ajeno pero materialmente viene a subvenir el déficit en la operación adecuada del capital propio. En consecuencia, desde un punto de vista económico, nos encontramos con un supuesto de simulación relativa: los fondos se suministran

aparentemente bajo la causa de préstamo aunque en la realidad opera la causal de la aportación¹⁴.

Como colofón podemos decir que en la figura de la Infracapitalización nominal se presentan dos supuestos: la originaria, cuando el socio otorgue fondos en lugar de capital inicial; y, la sobrevenida, cuando el socio proporcione fondos en lugar de realizar un aumento de capital. Es decir, dada la naturaleza del contrato social y los objetivos contemplados en este, así como la responsabilidad a la que se someten sus miembros, se entendería que prima facie, la provisión de fondos está íntimamente vinculada al capital social del ente y no a futuras aportaciones, tema que será analizado más adelante.

Tal como lo mencioné, es ésta forma de capitalización nominal o de simulación relativa, la que es más observada y controlada por la administración tributaria, por lo que nos enfocaremos en sus elementos, para distinguir cómo ésta se estructura.

1.3 Elementos de la subcapitalización formal o nominal.

Entendida en esencia lo que representa la infracapitalización formal, resulta evidente el por qué ésta es regulada tanto por la normativa interna como la externa, pues las repercusiones de esta figura implican algunas consecuencias económicas en el ámbito tributario, que hacen presumir la intención de perjudicar al fisco al limitar una de las potestades tributarias de las administraciones en la recaudación de tributos, bajo este supuesto, y tomando como antecedente lo antedicho, nos es posible obtener los elementos que constituyen la infracapitalización, siendo estos: el financiamiento, la relación o vinculación, la proporción de endeudamiento, así como la garantía y el objeto del financiamiento. Dada la definición propuesta de lo que es la subcapitalización, y enfocados en su aspecto nominal, nos conduce a establecer que sus elementos constitutivos se enfocan en torno al préstamo financiero, pues como se pudo apreciar, éste constituye el eje fundamental del tema tratado.

¹⁴ Teodoro Cordón Ezquerro y Manuel Gutiérrez Lousa, *Manual de Fiscalidad Internacional. La subcapitalización: tratamiento jurídico tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 307.

1.3.1 El financiamiento.

El financiamiento está constituido por recursos propios o recursos ajenos que permiten a la empresa dotarse de activos para llevar a cabo sus actividades¹⁵; de forma general podemos decir que el financiamiento es una de las funciones principales que realizan las unidades económicas, ya que toda entidad requiere tanto de recursos humanos, materiales, como de los financieros para cumplir sus objetivos. De esta forma el financiamiento se concibe como el proceso que permite obtener recursos financieros. Por ello, las instituciones financieras que lo aportan deben analizar la obtención de fondos, el incremento de los costos por financiamiento, los efectos de éste sobre la estructura financiera de la empresa, así como la utilización de los fondos durante el proceso de inversión. Las fuentes de financiamiento, son el conjunto de recursos económicos propios y ajenos de la empresa que utiliza en un determinado momento con el fin de desarrollar actividades que le permitan cumplir sus objetivos, las fuentes de financiamiento de donde provienen los fondos son ya sea internas o externas a la empresa¹⁶. En este mismo sentido, las fuentes de financiamiento son las alternativas que tienen las empresas para obtener fondos ya sea para cubrir sus necesidades de operación en el corto plazo para la realización de nuevas inversiones o proyectos en el largo plazo, las cuales se pueden clasificar básicamente en cuatro formas: por su origen, por su plazo, por su garantía, por su destino¹⁷.

Resulta incuestionable que las empresas de forma común necesitan recursos para lograr sus objetivos sociales (estatutarios), sus estrategias de operación, e inversión, es decir, la operación misma del ente, por lo tanto, es indiscutible que por la falta de liquidez, o por falta de recursos económicos, se crea esta necesidad de financiamiento. En este sentido, de las fuentes de financiamiento, nos interesa estrictamente, por el tema de estudio, referirnos a aquellas establecidas por su origen, las cuales se clasifican en fuentes internas o propias; y, las fuentes externas o de terceros.

¹⁵ Edmundo Maldonado Landeta, *Finanzas Corporativas, Valoración de Inversiones*, (Quito, Caracolor, 2013), 23.

¹⁶ Alfonso Ortega Castro, *Introducción a las Finanzas*, (México, McGraw-Hill, 2008), 390, 391.

¹⁷ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 126.

1.3.1.1 Fuentes de financiamiento interno.

Son conocidas también como de autofinanciación, ya que utilizan los recursos generados por la misma empresa para realizar sus inversiones, mientras mayores sean estos recursos significa que la empresa tiene una mayor independencia de acudir a terceros para financiar sus actividades. La empresa puede utilizar estos recursos de acuerdo a sus necesidades debido a que no crean compromiso alguno en cuanto a plazo para su devolución ni generan un costo financiero explícito. Este análisis de las fuentes internas es importante, ya que las empresas deben tener conciencia de que la optimización de su operación traerá como resultado mayores utilidades y por lo tanto una menor dependencia de crédito con el efecto que tiene el costo de intereses y otros gastos generados por su instrumentación y también por la implementación de las garantías requeridas¹⁸.

Acorde a lo expuesto, cuando nos referimos a este financiamiento interno, tácitamente nos estamos refiriendo hacia el resultado de las operaciones de la compañía, comúnmente llamadas como la utilidad (como resultado revertido a los socios), cuyo valor se estima, luego de realizar los descuentos de ley (participación trabajadores, reservas legales o estatutarias, impuesto a la renta, entre otros). Bajo este supuesto, es posible señalar como fuentes de financiamiento interno a las siguientes: las depreciaciones, amortizaciones, provisiones, utilidades no distribuidas, reservas patrimoniales, venta de activos, entre las principales. De estas, se ha de advertir que conllevan vital importancia las utilidades retenidas, pues al no ser distribuidas a los socios o accionistas, o ser distribuidas parcialmente, el valor de las mismas, puede ser utilizado como capital de trabajo del ente, lo que potencialmente conduce a que a través de dicho remanente, se pueda apalancar la figura de la subcapitalización, debido a que la norma tributaria previene los límites de endeudamiento (actualmente), en función de la razón financiera entre la deuda externa y el patrimonio.

1.3.1.2 Fuentes de financiamiento externo.

Conocidas también como fuentes de terceros, pueden originarse por la propia actividad de la empresa o por la obtención de financiamiento de costos explícitos, pero

¹⁸ *Ibíd*em, 128, 129.

todas tienen algo en común, que provienen de terceras personas. Aquellas fuentes externas que se generan por la propia actividad de la empresa son los llamados pasivos espontáneos que además no generan un costo financiero explícito, generalmente son de corto plazo y los principales son: cuentas por pagar a proveedores o crédito comercial, y ciertos pasivos acumulados¹⁹. Se debe destacar que por la naturaleza de esta fuente de financiamiento, vinculada necesariamente al pasivo, se remiten también a estas fuentes los créditos financieros, comúnmente llamados préstamos. Se acude a un financiamiento externo cuando las empresas no pueden afrontar una inversión mediante sus propios recursos, sin embargo, el proyecto parece suficientemente rendidor como para justificar el uso y costo de la financiación, y además generar utilidades para la organización; lo cual nos permite introducir el concepto de endeudamiento.

Al endeudamiento (pasivo expreso) se lo concibe como el “Conjunto de obligaciones de pago contraídas por una nación, empresa o persona”²⁰, es decir, nos estamos refiriendo a las obligaciones directas (entre el prestamista y el prestatario), en donde, se considera al ente que recibe fondos como: “el usuario de productos y servicios financieros que tiene una relación contractual con la institución financiera”²¹; por lo que en la misma línea, es un derecho del usuario el obtener créditos de las instituciones financieras, siempre que se cumplan los requisitos legales, las políticas de la institución financiera y acorde con la sana práctica.

La deuda o financiamiento (pasivo expreso) de terceros puede ser obtenida a través de (a más de los ya señalados): crédito proporcionado por proveedores de bienes o servicios; los trabajadores en el curso de la prestación de sus servicios; cualquier actividad de naturaleza operacional; y créditos de instituciones financieras o emisión de obligaciones de manera directa en los mercados financieros sin la intermediación de las tradicionales

¹⁹ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, Segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 134, 135.

²⁰ Diccionario de la Lengua Española, *Endeudamiento*, acceso: 10 de octubre 2015, véase en: <http://dle.rae.es/?id=FCK3YDj>.

²¹ La Junta Bancaria, *Resolución. JB-2010-1782*, Disposiciones Generales, definición de obligado directo, expedida el 19 de agosto de 2010.

instituciones bancarias o similares (bonos, cédulas hipotecarias, o cualquier otro tipo de deuda)²².

En conclusión, el endeudamiento hace referencia a las obligaciones contraídas, el mismo que puede ser de dos clases: directo e indirecto.

Al respecto, los autores Teodoro Cordón Ezquerro y Manuel Gutiérrez Lousa, exponen la diferencia de los tipos de endeudamiento, al señalar que:

El concepto de endeudamiento directo parece no ofrecer grandes dudas. El mismo deberá entenderse que existe cuando se produce una relación jurídica entre las partes, plasmada en un negocio jurídico, según el cual la entidad no residente vinculada figura como prestamista y posee el derecho a cobrar, de la entidad prestataria residente, los intereses derivados del préstamo.

Por su parte, el concepto de endeudamiento indirecto es un concepto jurídico indeterminado que debe ser objeto de interpretación con el fin de determinar su aplicación a un presupuesto de hecho concreto.

De forma teórica, si realizamos una interpretación amplia del término endeudamiento indirecto podríamos entender por tal aquel endeudamiento por el cual, con independencia de que la sociedad que materialmente realiza el préstamo sea residente o, siendo no residente, no tengan la consideración de vinculada en relación con la sociedad residente prestataria, es la sociedad no residente vinculada la que, en última instancia, asume el riesgo que pueda derivarse de la operación de préstamo. El supuesto en el que la entidad prestamista ha recibido, a su vez, un préstamo de otra persona o entidad no residente vinculada con la entidad prestataria es el más claro de endeudamiento indirecto²³.

De estas concepciones se colige, como es lógico, que el financiamiento es una operación entre dos partes, la sociedad y el acreedor o prestamista, entendiéndose que el endeudamiento directo se configura como consecuencia de un negocio jurídico, para nuestro caso el préstamo, pues el mismo conlleva la relación jurídica entre el prestamista y el prestatario; en donde, el acreedor no es residente (fiscal), y tiene el derecho de cobro de los intereses consecuencia del préstamo; además se debe considerar que existe una relación entre el deudor y el acreedor, es decir, existe la certeza de que son partes relacionadas.

²² Edmundo Maldonado Landeta, *Finanzas Corporativas*, “Valoración de Inversiones” (Quito, Caracolor, 2013), 24.

²³ Teodoro Cordón Ezquerro, Director, *Manual de Fiscalidad Internacional*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 314.

Por su parte el endeudamiento indirecto, necesita ser interpretado, para determinar su aplicación a los presupuestos de hecho, esto es, que se conoce que existe el endeudamiento, pero para establecer la relación jurídica subyacente, se debe analizar dicha figura legal utilizada. En otras palabras, existe la figura materializada (recordemos la subcapitalización material), que se plasma en el préstamo, operación por la cual se asume que no proviene de una parte relacionada (caso contrario se configura el endeudamiento directo), circunstancia por la cual es la prestamista la que asume el riesgo asociado a la recuperación del préstamo, así como los derechos sobre éste. Y es justamente por dicha presunción de que el crédito proviene de una parte vinculada, que se debe analizar la figura jurídica del préstamo, con el objeto de determinar los efectos de dicha figura; bajo estos supuestos, el sujeto pasivo de tributos debe justificar entre otros aspectos: que el ente acreedor (residente o no) no es una parte relacionada, que el préstamo cumple con todos los requisitos formales (análisis de capacidad de endeudamiento, garantías, capacidad de pago, etc.), así como los requisitos materiales (pagos de capital e intereses); y, solo una vez establecidos estos antecedentes plasmados en la figura jurídica, se podrá entonces, determinar los efectos de la misma. Punto de extrema importancia en el tema de análisis, que será tratado al hablar del principio de la realidad económica, por el momento solo es de mi interés el dejar claro que en este endeudamiento indirecto, coexisten las figuras legales, sin embargo, la segunda, es decir la indirecta, se somete a un proceso de análisis de la figura utilizada, con el objeto de establecer su naturaleza y alcance.

Como aclaración, por la importancia que este punto revierte, se evidencia que en la relación jurídica como fuente directa, intervienen los “directamente” relacionados como son: los socios o accionistas, e incluso aquellos que pueden capitalizar a la sociedad a través de la emisión de derechos sobre la compañía, llámense acciones o participaciones, sean estas personas naturales o jurídicas, los mismos que serán conocidos en forma general como una parte relacionada. En contraposición, en el financiamiento externo, que proviene de terceros “independientes”, como las instituciones financieras, sin ningún tipo de vínculo con el deudor, pues si existe o se demuestra, por parte de la administración tributaria, algún tipo de vinculación entre estos, equivaldría a que el préstamo receptado por el prestamista, no se lo considera de terceros, sino, como un financiamiento interno de una parte relacionada.

Adicionalmente se debe acotar que en toda operación crediticia, se parte de la premisa de que todo financiamiento, tendrá un costo financiero por el uso del dinero a través del tiempo, reconocido en el aspecto tributario como el gasto interés, el mismo que se convierte en la esencia misma del tema de estudio, pues tiene estrecha vinculación con el objeto de la subcapitalización, por el efecto tributario que éste tiene en la determinación de la base imponible del impuesto a la renta, aspecto por el cual este gasto tendrá sus matices particulares tales como, el ser considerado o no, como un gasto deducible para determinar la base imponible del impuesto a la renta.

Resulta adecuado distinguir que el financiamiento a través de recursos propios o vinculados, trae implícito el derecho de éstos a participar de los beneficios sociales (utilidades), desde luego en el supuesto de que la compañía ha logrado obtener un lucro por la inyección del capital; en tanto que en el financiamiento a través del préstamo, únicamente se le concede al prestamista un derecho a una retribución, el mismo que incluiría el capital y los intereses devengados, más por la configuración de independencia entre el prestamista y el prestatario, este último no participaría de las utilidades generadas por la compañía en el uso del capital aportado, sino que éste se ve beneficiado del uso del dinero en el tiempo, o más conocido como el interés financiero.

Bajo el supuesto enunciado, se vuelve pertinente referirme a la obligación de los socios o accionistas, al emprender en un determinado negocio, sin olvidar que este tipo de financiamiento, corresponde al del ámbito interno, pero por la importancia del mismo, lo he separado como tema independiente.

1.3.1.3 Obligaciones y responsabilidades de los socios o accionistas.

Para poder desarrollar este tema es necesario hacer la distinción entre: las obligaciones de los socios en relación al ente creado; y, la responsabilidad como una situación jurídica de los socios frente a las deudas contraídas.

En primer lugar, en lo que respecta a las obligaciones de los accionistas frente al ente, podemos decir que, la empresa es hoy considerada en forma omnicomprendiva como característica de todo quehacer, sea cual fuese su entidad o finalidad específica, que tenga por objetivo esencial la obtención de un beneficio, un lucro, una ganancia, en fin, una

diferencia respecto a la generalidad de los bienes de un patrimonio comprometido a la realización de fines y un resultado económico, del que surge necesariamente ese beneficio también económico que es la nota fundamental, distintiva. He aquí pues lo decisivo para entender este Derecho que es el más importante de todos los individualizados en forma característicamente especial: el lucro, sin él no existe empresa alguna en sentido jurídico; la segunda caracterización es la aplicación, el destino específico, de un patrimonio que es afectado, y así queda para siempre, en forma única, exclusiva, a la obtención de finalidades de todo tipo que es controlado por el Estado hasta el punto de evitar su disipación, el licuamiento, la desaparición, en fin, perjudicando directa o indirectamente la economía general del país²⁴. Siendo necesario establecer el que nos estamos refiriendo estrictamente a las sociedades constituidas con fines de lucro.

Siendo la empresa un ente eminentemente económico, el patrimonio es lo determinante de su misma vida. Sin la existencia de él, no hay jurídicamente empresa posible. Así ocurre en las situaciones de anomalía (enfermedad o patología), cuando el patrimonio se ha menguado en demasía conforme a un equilibrio que la ley supone siempre deberá mantenerse en un estado “sano”, o cuando desaparece, y tan sólo hay un fantasma (existente sólo como papel impreso), ahí es cuando la acción de la Justicia debe intervenir en la empresa. Porque la determinación de ese patrimonio empresario siempre y sin excepción debe tener una visualización en dinero. Cuando así ocurre (en una normalidad abstracta, que es en la situación en la cual la ley siempre se coloca), la expresión única reconocida del estado patrimonial es obligatoriamente un balance, sea cual sea la denominación técnica contable que se le acuerde²⁵.

Es indudable entonces que el objeto social de un ente de capital, es aquel que se encuentra establecido en la escritura de constitución, la misma que acorde a la normativa especializada (Ley de Compañías), establece los limitantes en función de dicho objeto. En el mismo sentido normativo, como lo señalé anteriormente, se establece bajo resolución de la Superintendencia de Compañías los límites mínimos del capital para su constitución. De aquí que nos estamos refiriendo a dos aspectos principales que constan en los estatutos

²⁴ Jorge Oswaldo Pérez. *Manual de Derecho y de la Empresa*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012), 347.

²⁵ Jorge Oswaldo Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012), 354.

sociales: el primero, que hace referencia al objeto social (operaciones cuyo ejercicio determinarán un rendimiento o utilidad), y en segundo lugar, el capital para iniciar dichas operaciones. Si partimos del supuesto jurídico de que el contrato obliga de forma general a los intervinientes a cumplir con sus obligaciones, resulta evidente que de éste sin duda nace la obligación de los fundadores de proporcionar los recursos necesarios para cumplir, no solo las obligaciones contraídas, sino con el objeto social acordado, obligación esta que puede ser efectivizada mediante el capital o los aportes. La consecuencia del cumplimiento o incumplimiento de esta obligación social de proveer los fondos para la operación del ente, es lo que se refleja en nuestro tema de estudio, debido a que cualquier forma de financiamiento sea este interno o externo, de una u otra manera afecta privativamente al patrimonio social, debido a que el pago de intereses (independiente a su deducibilidad) sobre la deuda contraída, afecta directamente a los resultados obtenidos por la sociedad, disminuyendo así el patrimonio. De tal manera que se hace necesario distinguir lo que se concibe como: capital, aportes y el patrimonio.

1.3.1.3.1 Los aportes.

Es oportuno destacar en primer lugar, que en toda sociedad el Estado de Situación Financiera o más comúnmente llamado Balance General, está constituido por tres grupos de cuentas: el activo, el pasivo, y el patrimonio; además a este último se le considera como lo general; y, como parte de éste, se encuentra lo particular, constituido por el aporte social, y dentro de éste al capital social.

En lo que tiene que ver con el patrimonio, el autor Álvaro Mejía Salazar, al citar a otro autor, establece que:

Efraín Ortiz define el patrimonio como los valores netos que pertenecen a los socios, dicho de otra forma es la diferencia entre activo menos pasivo. En el grupo del patrimonio se debe incluir el capital, las reservas y el resultado del ejercicio, este último valor es el vínculo que existe entre balance general y el Estado de resultados o pérdidas y ganancias²⁶.

Entonces, el patrimonio neto no es otra cosa que el resultado de la evolución favorable o desfavorable del capital suscrito o social. De manera que, si la sociedad

²⁶ Álvaro Mejía Salazar, *Diccionario de Derecho Tributario*, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 287.

prospera en sus actividades, retiene parte de sus ganancias y obtiene el beneficio de la valoración de sus activos, el patrimonio neto representará una cifra superior a la del capital correspondiendo la diferencia entre una y otra al superávit. Y por el contrario, si la sociedad fracasa en sus negocios, ha de afrontar la situación adversa de las pérdidas y desvalorizaciones cuya acción conjunta conducirá al patrimonio neto hacia un nivel inferior al del capital, presentándose así un déficit equivalente a la diferencia entre uno y otro concepto²⁷.

En cuanto a los aportes, el estudioso Francisco Reyes Villamizar, al conceptualizar el tema nos proporciona una idea concreta respecto al tema cuando manifiesta que este es:

Uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad que consiste en formar un fondo social integrado por los aportes de los asociados. Sin aquel es inconcebible el desarrollo del objeto y la integración del patrimonio social que sirve de garantía a las obligaciones contraídas por la sociedad ante terceros. Así pues, quienes participen en este negocio jurídico contraen la obligación de aportar, vale decir, que se comprometen a realizar una prestación a favor de la sociedad. La doctrina ha diferenciado entre este último concepto y el denominado pago del aporte; esto implica el cumplimiento efectivo de la obligación contraída por el asociado. Salvo ciertas excepciones legales, no es requisito esencial que los aportes estén íntegramente pagados al momento de constituirse la sociedad o cuando se efectúan con posterioridad a ese momento. En general, tanto el contrato social como el vínculo del asociado existen desde el momento en que socios o accionistas se han obligado a realizar el aporte, siempre que concurran los demás elementos previstos en la norma [...] El término aporte tiene en la doctrina connotaciones de carácter económico y jurídico. Desde el punto de vista económico, se considera que la formación de la sociedad implica la aceptación de un patrimonio destinado a conseguir ganancias para sus partícipes. En efecto, el asociado se obliga a hacer un aporte al fondo social con el propósito de percibir utilidades en el futuro. Es por ello por lo cual existe una correlación entre la aportación y los beneficios económicos que el asociado recibe por su vinculación a la sociedad. Bien afirma Narváez que “la aportación comprende las prestaciones efectuadas a la compañía, a trueque de las atribuciones de derechos sociales”. Por lo demás, desde un ámbito jurídico el aporte es visto como la prestación de dar o hacer que asume el asociado respecto de la sociedad. Se trata, ciertamente, de un vínculo jurídico en que la posición activa del crédito se encuentra atada. Radicada en la cabeza de la sociedad, que puede hacerla valer por los medios coactivos generales o mediante la aplicación de los expedientes específicos de ejecución previstos en el régimen societario cuando no se paga el

²⁷ Enrique Gaviria Gutiérrez, *Las sociedades en el nuevo Código de Comercio*, (Bogotá, editorial Temis, 1985), 220.

aporte. El asociado, por su parte, es deudor de aquello respecto de lo cual se ha comprometido²⁸.

Se infiere entonces que, la creación de una sociedad obliga a las partes involucradas, al cumplimiento de lo establecido en el estatuto social (escritura de constitución), pues al ser este un acto jurídico, obliga a sus socios a cumplir con el objeto de dicha asociación, tal como lo refiere el artículo primero de la Ley de Compañías, al definir este tipo de contrato²⁹.

Una vez que hemos logrado establecer la responsabilidad del socio, debo señalar que acorde a la Ley de Compañías, los aportes así establecidos, pueden ser entre los más generales: de capital que se refleja en valores monetarios; en especie, que puede constituirse por bienes de naturaleza física como los muebles e inmuebles; y, de industria, a través de intangibles como: el conocimiento de producción, prestigio de marcas, o uso de patentes.

En segundo lugar, en relación a la responsabilidad de los socios respecto a los créditos adquiridos por la sociedad debido al financiamiento (indiferente a si es necesario o no), debo manifestar que comparto el criterio expuesto por el autor, Jorge Barrera Graf, que expone al respecto que:

La atribución de personalidad de las sociedades, no hace desaparecer el interés propio de los socios, ni el papel y la responsabilidad que les corresponde en la sociedad de la que forman parte; la personalidad moral, en efecto, sólo es un medio para que los socios realicen los fines para cuya consecución crearon el ente, el conceder personalidad de la sociedad, no significa que desaparezca la responsabilidad de los socios, respecto a la actividad de aquella, o que éstos sean ajenos a los derechos y obligaciones que asuma la sociedad; por el contrario, salvo disposición legal que limite o que exonere la responsabilidad de los socios, estos responden personalmente, en mayor o menor grado, limitada o ilimitadamente de las obligaciones a cargo de la sociedad³⁰.

²⁸ Francisco Reyes Villamizar, *Derechos Societarios, Tomo I*, segunda edición, (Bogotá Editorial Temis, 2006), 277, 278.

²⁹ Ley de Compañías. Art. 1 Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil. Publicada en el Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999.

³⁰ Jorge Barrera Graf, *Las Sociedades en el Derecho Mexicano*, (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983), 90.

Esta responsabilidad a la cual se refiere el autor, dependerá de la naturaleza de cada sociedad constituida, pues tal como lo refiere el artículo dos de la Ley de Compañías, podrán constituirse las compañías, en nombre colectivo; en comandita simple y dividida por acciones; de responsabilidad limitada; anónima; y, de economía mixta³¹. De aquí que, la compañía en nombre colectivo, se constituye como de responsabilidad ilimitada, dado que, en un determinado momento el acreedor mantiene una doble garantía, la primera, respecto de la sociedad mercantil; y, la segunda, en relación al patrimonio individual de cada socio o accionista, pues no es que estos respondan por la compañía como garantes, sino que junto a la compañía son los deudores, limitándose de esta forma el derecho de cada socio a la exclusión. En cambio, en general podemos decir que en torno a las compañías en nombre colectivo, y a la en comandita simple, “Todos los socios colectivos y los socios comanditados estarán sujetos a responsabilidad solidaria e ilimitada por todos los actos que ejecutaren ellos o cualquiera de ellos bajo la razón social, siempre que la persona que los ejecutare estuviere autorizada para obrar por la compañía”³²; lo que implica que al actuar en nombre de la sociedad, se delimita la responsabilidad de los socios únicamente hacia el patrimonio del ente jurídico constituido, es decir, se separa el patrimonio individual de los socios. Esto debido a que, en el contrato social del que trata el artículo primero de la Ley de Compañías, cuando se refiere a “unión de capitales”, se delimita estrictamente a esos capitales aportados vía estatutos, y más no al patrimonio de las personas que incorporan dichos capitales. Esto sin perjuicio de lo que establece el Código Civil en relación a las obligaciones y su consecuente responsabilidad.

Sin quitar el mérito que este tema de las obligaciones y responsabilidades sociales tiene dentro de la regulación societaria y civil, no es de mi interés profundizar en el mismo, ya que, lo que interesa a mi tema de estudio, es el hecho de que, establecida la obligación de aportar los recursos necesarios para el cumplimiento del objeto social de la compañía, el incumplimiento de dicha obligación, en primer lugar, provoca la necesidad de recurrir a cualquier forma de financiamiento, lo que conduce al supuesto de que, incumplida la obligación del socio, los gastos incurridos en dicho financiamiento, se puedan convertir en gastos no deducibles para la determinación de la base imponible del impuesto a la renta

³¹ Art. 2 de la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999.

³² Art. 74 de la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999.

(pues era responsabilidad del socio); y, en segundo lugar, en el supuesto de que, los socios aun cumpliendo con su obligación de aportación, el ente tenga en realidad la necesidad de recurrir al financiamiento. Bajo cualquiera de estos supuestos, y dada la naturaleza del financiamiento, esto es, el costo del mismo por sus intereses, se producirá un efecto en el patrimonio social, ya que, al pagarse los intereses de préstamo, provocará una disminución del patrimonio. Además, la responsabilidad en la que incurren los socios, también debe ser valorada en el concepto de la subcapitalización, pues no es lo mismo ni tienen el mismo grado de responsabilidad, el ser acreedor y accionista, que únicamente ser acreedor (tercero independiente), circunstancia que también la abordaremos al tratar el objeto del financiamiento.

1.3.2 El Crédito de proveedores.

Como parte de las operaciones de una sociedad, es común encontrarnos, bajo ciertas circunstancias, que por la habitualidad o relación entre el cliente y su proveedor, o viceversa, se configura el denominado crédito comercial, el mismo que para el tema en ciernes, no es de nuestro interés analizar si está o no respaldado por un determinado documento complementario a dicha relación (aval, garantía, contrato), ya que, el objeto de analizar dicha vinculación, tiene como fin el determinar si este “crédito comercial” se considera o no como un financiamiento, y por tanto inmerso en el concepto de la subcapitalización.

Para esclarecer este punto debemos partir de que en el ámbito etimológico, la palabra crédito proviene de “credere”, cuyo significado es creer, tener confianza, y es equivalente a “fides”, o fiducia. Así, desde el punto de vista del dador del crédito comercial, éste consiste en la confianza que una persona tiene en el cumplimiento de la promesa dada por otro, es decir, en que ese otro (deudor) pueda y quiera realizar una prestación, en otras palabras dicha prestación se constituye en el objeto de la obligación, que en sí es lo que debe realizar el deudor para satisfacer los derechos del acreedor. Más, como hace notar Knies, este concepto no es exacto, ya que si bien crédito y confianza tienen puntos de contacto, no se corresponden completamente. Puede haber confianza sin crédito y operación de crédito sin confianza. Otras veces quien concede crédito sabe que la otra persona no pagará dentro del plazo convenido. Otras veces, finalmente, sólo de modo

muy limitado puede hablarse de confianza en la voluntad de cumplir. La voluntad del deudor es secundaria, en efecto, en todo el sector del llamado crédito real. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada; es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. Esto es precisamente lo que ocurre en el contrato de mutuo, de cuya calificación como contrato de crédito nadie duda. Aquí hay una transmisión de bienes en propiedad, a la que se contrapone una promesa de prestación futura por quien recibe esa propiedad. El elemento característico reside, pues, en la transmisión actual de la propiedad de una cosa del acreedor al deudor, quedando diferida la contrapartida económica. Se produce, por tanto, una pausa entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo, al propio tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido. El interés aparece entonces como precio del tiempo³³.

El autor Sabino Ayala Villegas al respecto manifiesta:

El crédito de acuerdo a la concepción tradicional, se define como el derecho que tiene el deudor de recibir del acreedor alguna cosa, en la medida que haya confiabilidad con el compromiso de pago o devolución.

Desde el punto de vista legal, el crédito según la ley, el comercio y la economía es el derecho que una persona llamada acreedor, tiene para obligar a otra, el deudor, a pagar. En realidad son múltiples los conceptos, pero lo más adecuado a nuestros tiempos y desde el punto de vista financiero, es que el crédito es una operación o transacción de riesgo en la que el acreedor (prestamista) confía a cambio de una garantía en el tomador del crédito o deudor (prestatario), con la seguridad que este último cumplirá en el futuro con sus obligaciones de pagar el capital recibido (amortización de la deuda), más los intereses pactados tácitamente (servicio de la deuda)³⁴.

Es necesario incorporar en este aspecto, que en nuestra normativa se ha legislado sobre la cesión de derechos en el ámbito civil, a través de un título, que es una forma de tradición del derecho, y dentro de esta existe la cesión a título de venta, constituyéndose además en un acto de comercio, acorde al Código de Comercio, así, en su artículo 201, se establece para ciertas condiciones la figura de “facturas comerciales negociables”, las

³³ Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, (Madrid, Propiedad, 1988), 34, 35, 36.

³⁴ Sabino Ayala Villegas, *Créditos financieros*, GestioPolis, julio 12, 2005, acceso: 27 de mayo de 2016, véase en: <http://www.gestiopolis.com/creditos-financieros/>.

mismas que podrán ser consideradas como títulos de valor³⁵. Con este antecedente y de lo transcrito se desprende que el crédito comercial es una operación en la cual el denominado “proveedor” puede entregar bienes o servicios, e incluso dinero, con la expectativa real o presunta, de recibir en un futuro el valor equivalente de esos bienes o servicios, más los respectivos intereses, si estos se hubiesen pactado, por lo que el resultado de la operación comercial entre el que proporciona el bien o servicio, puede perfectamente configurar el crédito en base a los plazos que por confianza o técnicas de mercadeo proveen los comerciantes a sus clientes, por lo tanto, se puede ya establecer que existe una diferenciación entre el crédito mercantil, del crédito civil; sin embargo, y a pesar de su definida naturaleza, las dos figuras (civil y mercantil) se llegan a constituir en un verdadero crédito, que contribuyen al financiamiento de una empresa, el mismo que por su configuración se constituye en un contrato en su forma más esencial.

En este sentido, es de mi interés referirme al contrato de mutuo, y es nuestro Código Civil que al tratar el tema expone que: “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”³⁶; sin embargo, la posibilidad del cobro de intereses (Art. 2108 CC), en el mundo civil es eventual y no se concibe relacionada con el vínculo conmutativo de otra prestación del mismo negocio, sino como una ganancia ordinaria de giro del negocio, podría entonces decirse que en el mutuo civil, acorde a la normativa (Código Civil), se presume gratuito, a diferencia del mutuo mercantil o bancario que se presume oneroso, atendiendo principalmente al origen de los fondos, destino de los recursos y la naturaleza de las partes. Ahora bien, los aspectos jurídicos mencionados, se reflejan en el ámbito financiero a través de la contabilidad del ente, debido a que las operaciones nacientes de las relaciones comerciales, deben ser plasmadas en registros

³⁵ Código de Comercio, Art. 203, El comprador tiene derecho a exigir del vendedor que le entregue una factura de las mercaderías vendidas, y que ponga al pie de ella el recibo del precio total o de la parte que se le hubiere entregado. No reclamándose contra el contenido de la factura, dentro de los ocho días siguientes a la entrega de ella, se tendrá por irrevocablemente aceptada. Las facturas comerciales que contengan una orden incondicional de pago, cuya aceptación sea suscrita por el comprador de bienes o su delegado, con la declaración expresa de que los ha recibido a su entera satisfacción, se denominarán "facturas comerciales negociables" y tendrán la naturaleza y el carácter de títulos de valor, en concordancia con lo establecido en los artículos 2 y 233 de la Ley de Mercado de Valores. Les serán aplicables las disposiciones relativas al pagaré a la orden, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto 1960.

³⁶ Art. 2099 Código Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio 2005.

contables, para poder conocer el volumen de las obligaciones (mercantiles o civiles), que la sociedad mantiene con sus proveedores.

Como corolario, bajo estos supuestos, lo que interesa al tema de investigación es, establecer que el financiamiento o mutuo mercantil tiene en la contabilidad del sujeto pasivo, la misma representación de crédito por deuda que posee el crédito comercial. Entendiéndose que crédito comercial, es aquel que se consigna en el curso ordinario de los acontecimientos: una empresa compra a otras empresas sus suministros y materiales a crédito, y registra la deuda como una cuenta por pagar. Las cuentas por pagar a crédito comercial constituyen la categoría individual más grande de crédito a corto plazo debido a que representan aproximadamente un tercio de los pasivos circulantes de las corporaciones no financieras. El crédito comercial es una fuente de fondos debido a que el comprador no tiene que pagar las mercancías hasta que le sean entregadas. Si la empresa paga automáticamente sus cuentas varios días después de la fecha de la factura, el crédito comercial se convierte en una forma interna de financiamiento³⁷. Se concluye entonces, que el financiamiento por crédito bancario, tiene la misma equivalencia que el financiamiento por crédito comercial, por tanto, las dos formas de financiamiento afectarán de igual forma a los presupuestos (relación deuda-patrimonio) que configuran a la subcapitalización, por los límites de endeudamiento externo que la norma prevé. Nótese que aun cuando no existe diferencia, desde el punto de vista financiero, entre el crédito comercial y el mercantil, si se debe diferenciar cuando dicho crédito es externo (del exterior), esto debido a que la norma que regula a la subcapitalización hace referencia a créditos externos, por lo tanto se entendería que únicamente los proveedores del exterior son parte del límite de la deuda, en temas de infracapitalización.

1.3.3 La vinculación o relación.

A estos dos términos en el aspecto tributario se los considera como sinónimos, y dada la importancia de este elemento es necesario considerar el contexto que la ley de régimen tributario nos provee, al darnos una definición clara del tema, en este sentido nos remitimos a lo establecido en el artículo 56 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, que modificó a la Ley de Régimen Tributario Interno:

³⁷ Alfonso Ortega Castro, *Introducción a las Finanzas*, (México, McGraw-Hill, 2008), 385

Partes relacionadas.- Para efectos tributarios se considerarán partes relacionadas a las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad domiciliada o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas.

Se considerarán partes relacionadas, los que se encuentran inmersos en la definición del inciso primero de este artículo, entre otros casos los siguientes:

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

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

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

Así mismo, la Administración Tributaria podrá establecer partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al principio de plena competencia. Podrá considerar también partes relacionadas por presunción a

los sujetos pasivos y a la persona natural, sociedad, o grupo económico con quien realice ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, en los porcentajes definidos en el Reglamento³⁸.

Dado que la definición proporcionada por la ley es clara, no es necesario incurrir en otras definiciones como la proporcionada por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE (Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias), pues, su esencia es la misma contemplada en la norma citada. Sin embargo, es necesario referirnos al hecho establecido en la ley, en cuanto se refiere a que se considerarán presuntivamente partes relacionadas, cuando las operaciones realizadas no se ajusten al principio de plena competencia, para lo cual iniciaremos refiriéndonos a los precios de transferencia de forma sucinta.

1.3.3.1 Precios de transferencia.

El precio de transferencia no es más que el valor monetario acordado generalmente entre dos partes, esto es, el que vende el bien o presta el servicio, con aquel que recibe el bien o servicio, en otras palabras, son los precios pactados en operaciones realizadas por el contribuyente con una parte relacionada.³⁹ En el mismo sentido se estipula en la ley tributaria al establecer que:

Art. (...).- Precios de Transferencia.- Se establece el régimen de precios de transferencia orientado a regular con fines tributarios las transacciones que se realizan entre partes relacionadas, en los términos definidos por esta Ley, de manera que las contraprestaciones entre ellas sean similares a las que se realizan entre partes independientes⁴⁰.

De la transcripción tributaria podemos concluir que, el precio de transferencia es aquel valor por el que se realizaron las operaciones entre las partes relacionadas, además, nos da ya un acercamiento al principio de plena competencia al manifestar que estas operaciones sean similares a las realizadas entre partes independientes, esto es, que los precios con los cuales se realizan las operaciones, deben ser los mismos para las partes

³⁸ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, artículo agregado por Art. 56 de Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

³⁹ Página WEB del SRI, *¿Qué son precios de transferencia?*, acceso: 25 de mayo 2016, véase en: <http://www.sri.gob.ec/web/guest/495>.

⁴⁰ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, artículo agregado por Art. 56 de Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

relacionadas, que para los terceros independientes, entendiéndose además, que dichos precios son los finales o reales, después de aplicar cualquier tipo de descuento o recargo en las operaciones inmersas, por cualquier tipo de circunstancia particular que se le atribuya a cada operación.

Adicionalmente podemos acotar que los precios de transferencia pueden ser utilizados para ciertos fines determinados, por lo que es importante referirnos al planteamiento del autor Víctor Uckmar, quien al respecto considera que:

Con la expresión “transfer pricing” se individualizan algunas operaciones particulares de carácter internacional que involucrando dos o más empresas domiciliadas fiscalmente en países diversos pero que forman parte del mismo sujeto económico y que son realizadas con el objeto de minimizar la carga fiscal a nivel del grupo. En la mayor parte de los casos esta situación se logra haciendo confluir las utilidades en cabeza de las sociedades residentes en países que prevén una menor carga impositiva, de manera tal de concentrar los costos en aquellas empresas residentes en países con mayor carga fiscal. De esta manera se asiste a un fenómeno de transferencia de utilidades de una jurisdicción fiscal a otra. Si bien estas prácticas de transfer pricing generalmente son realizadas a favor de empresas residentes en países de baja tributación, la realidad indica que esto no siempre es así. En efecto, puede también suceder -siempre en el ámbito de una lógica del grupo- que se transfiera la base imponible hacia una sociedad controlada quien, aun residiendo en un país de alta tributación, posee una gran cantidad de crédito fiscal producto de pérdidas anteriores acumuladas. De esta manera, si bien la sociedad no se encuentra sujeta a una jurisdicción tributaria particularmente favorable, podrá compensar sus pérdidas fiscalmente utilizables con las mayores rentas imponibles que ha ésta le son atribuidas por medio de la manipulación de los precios de intercambio intragrupo, y que de otra manera no hubieran podido ser fiscalmente compensadas⁴¹.

Se puede apreciar entonces que el uso de los precios de transferencia puede tener como objeto el disminuir la carga fiscal de un grupo empresarial (economía de opción), a través de las utilidades, es decir, haciendo que éstas lleguen a aquella o aquellas sociedades que se encuentran en países con una menor carga impositiva tributaria, por lo que el costo de las operaciones se quedaría en el país en donde la carga tributaria es mayor, dicho de otra manera, esto significa que en un grupo empresarial, en referencia generalmente al impuesto a la renta; se le hace incrementar su utilidad a aquella empresa que se encuentra radicada en una circunscripción territorial en donde la carga impositiva de tributos es menor, y se propende a reducir su utilidad a aquella empresa que se radica en el país en

⁴¹ Víctor Uckmar, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, (Buenos Aires: La Ley, 2011), 105,106.

donde se paga un mayor tributo, produciéndose de esta forma una transferencia de utilidades de una jurisdicción fiscal a otra.

Ahora bien, en la práctica no siempre se utiliza esta figura, pues podría darse el caso de que se incremente la base imponible tributaria en un país de alta imposición, en la eventualidad de que esta empresa mantenga un crédito fiscal, producto de pérdidas en sus operaciones, lo que le permite el aumentar su base imponible, para compensar dichas pérdidas, por tanto la transferencia de la utilidad a través de los precios de transferencia se convierte así en una herramienta tributaria para compensar ciertas operaciones negativas del grupo. Queda claro entonces que la manipulación de los precios de transferencia pueden tener diferentes objetivos empresariales, es decir, de acuerdo a la necesidad colectiva del grupo empresarial, son utilizados para incrementar o disminuir la rentabilidad o base imponible, por tanto, resulta que este tipo de operaciones se encuentran por fuera de las reglas del precio de libre mercado, pues no existe una real contraprestación de intereses comerciales entre los sujetos involucrados, ya que como se mencionó el objetivo de esta figura es de transferir la base imponible, para regular la base imponible del grupo. Es importante establecer que este tipo de operaciones a las que nos acabamos de referir, no sólo se da en el intercambio de mercaderías, sino también en la prestación de diversos servicios, préstamos de dinero, regalías, patentes y otros inmateriales⁴².

En conclusión, se define los precios de transferencia como los precios que las entidades de un grupo económico concertan entre ellas, los que a los fines impositivos se comparan con los precios aplicados por las empresas no asociadas en operaciones similares en el mercado abierto que permiten la utilización de “presunciones” a los efectos del cálculo del impuesto a las ganancias. Ello da motivo a la aplicación del principio *arm's length*, expresión en inglés que identifica a los “precios de mercados abiertos” como referente para calificar las operaciones como “normales”, lo que permite ajustar los “precios de transferencia” si se desvían de este principio⁴³.

⁴² Víctor Uckmar, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, (Buenos Aires: La Ley, 2011), 107.

⁴³ Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey, *Impuesto a las Ganancias*, (Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007), 174.

1.3.3.2 Principio de plena competencia (arm's length).

Es claro que la manera más transparente de atribuir riesgos y utilidades a un establecimiento permanente es tratándolo como una empresa independiente, con su propia contabilidad y sus propios negocios, distintos de la empresa a la que pertenece. Esta metodología tiene aún varias complicaciones, pues lo cierto es que en la práctica se trata de una manifestación o extensión de la personalidad de la empresa principal, de manera que la ficción de empresas separadas puede resultar artificial y, por tanto, conllevar cargas adicionales para el establecimiento permanente como llevar libros de contabilidad, declarar y reportar información. No obstante, este es el único mecanismo que permite controlar la manipulación de ingresos entre una empresa principal y su establecimiento permanente. Dado el tratamiento hipotético de empresas separadas, debe entonces aplicarse simultáneamente un mecanismo que permita controlar el traslado de utilidades a jurisdicciones de baja tributación, al tiempo que se conservan las pérdidas en las jurisdicciones de alta tributación. Actualmente, el consenso internacional indica que la metodología más razonable para atribuir utilidades a distintas partes de una misma empresa (como una sucursal, o un establecimiento permanente), es el principio de arm's length, o principio de plena competencia⁴⁴.

Se puede decir así que este principio (arm's length), tiene por objeto determinar qué hubiese ocurrido si las operaciones realizadas por las partes vinculadas o relacionadas, se las hubiese realizado con un tercero independiente; enfocados en el aspecto económico de que en un mercado competitivo, no pueden existir ganancias extraordinarias. A manera de ejemplo podemos decir que tenemos a las partes "A", "B", y "C", en donde "A" es relacionada con "B", y "C" es independiente a las dos; el supuesto es que la empresa "A" adquiere un bien o servicio de "B", en este hipotético caso, el principio de plena competencia permite establecer la diferencia como resultado económico en ámbitos de utilidad, entre la operación realizada entre "A" y "B", y la operación que se idealiza o presume que "A" hubiese podido realizar con "C", desde luego bajo el supuesto de que las dos operaciones mantienen las mismas condiciones pactadas entre "A" y "B"; por lo tanto una vez que ha sido analizado el resultado económico (utilidad) de las dos operaciones,

⁴⁴ Natalia Quiñonez, *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*, (Montevideo, Cevallos, 2010), 119, 120.

puede ocurrir que: si el resultado de la operación entre las partes relacionadas (A y B, operación controlada) no difiere mayormente de la operación simulada entre las partes independientes (A y C, operación no controlada), entonces sí se presume la existencia del principio de plena competencia; empero si el resultado es divergente, este principio no ha operado, por lo que la administración tributaria cuantificará esa diferencia en la utilidad, para establecer un tributo sobre la diferencia en la operación, pues se presume que la operación fue utilizada con el objeto de incrementar los costos para reducir la base impositiva del impuesto la renta. Resulta obvio que este ajuste a los precios de transferencia, por no apearse los mismos al principio de plena competencia, es un ajuste que debe sustentarse en análisis técnicos y bases de datos confiables para la comparación de los precios, datos que deben cumplir con todos los requisitos regulados en la ley de la materia, pues la simple presunción de la administración de que existe elusión no basta, sino que debe demostrarse, sin embargo, dependiendo de la metodología utilizada al efecto, pero de forma general puede decirse, que en este caso la carga de la prueba le corresponde al sujeto pasivo de tributos.

Como antecedente histórico, los precios de transferencia han sido objeto de preocupación científico jurídica desde hace cerca de 100 años. Un primer trabajo conocido sobre doble imposición internacional fue emitido por la Sociedad de Naciones en el año 1923 (a cargo de los economistas Einaudi, Bruíns, Seligman y Stamp) en el que además de plasmar el principio de capacidad contributiva como eje de los sistemas tributarios, y el método de exención como el más deseable para eliminar la “perniciosa” doble imposición, se alegó que adoptar un sistema de reparto proporcional de la renta (apportionment) entre el Estado de la fuente y el de la residencia vía convenio internacional sería demasiado complicado en el ámbito internacional. En 1925 esta misma entidad publicó un segundo trabajo en el que se destaca la idea de firmar convenios internacionales para eliminar la doble imposición y se destaca la necesidad de incluir en esos convenios el intercambio de información. Pero fue en realidad en 1935 cuando se propuso un modelo de convenio para la distribución de rendimientos empresariales entre los Estados a efectos fiscales, en el que se aceptaba el principio “arm’s length” como mecanismo de resolución de conflictos de soberanía tributaria originados por los precios de transferencia internacionales. En 1955 la OECE (antecesora de la OCDE) emprendió la tarea de revisar el convenio de doble

imposición propuesto por la Sociedad de Naciones; con todo fue la OCDE la que en 1963 aprobó un primer modelo de convenio de doble imposición en el que alude al principio “arm’s length”. La concreta preocupación sobre la fiscalización internacional por parte de la OCDE se referencia con intensidad a partir de los informes del Comité de Asuntos Fiscales que sobre el fenómeno del “transfer pricing” se han emitido desde el año 1979, siendo su última actualización la de octubre de 1999⁴⁵.

El principio de plena competencia, fue indirectamente introducido en los tratados suscritos entre Francia, el Reino Unido, y los Estados Unidos de América, allá por los años veinte⁴⁶; sin embargo, la primera referencia de este principio en el ámbito multilateral se evidencia claramente en el “Informe Carrol” en 1933, el mismo que fue contratado por el Comité Fiscal creado por la Sociedad de Naciones⁴⁷, el cual que contenía un estudio de los métodos practicados en veinte y siete Estados para repartir los beneficios gravados, de las empresas y grupos multinacionales, este informe recomendaba el uso del principio arm’s length, como un estándar internacional. Sin embargo, el Comité Fiscal lo adopta en 1935 en el “Proyecto de Modelo de Convenio para la distribución de los rendimientos empresariales entre los Estados a efectos fiscales” con vocación bilateral, como fórmula de resolución de los conflictos de soberanía tributaria originados por los precios de transferencia internacionales⁴⁸. Si bien este modelo nunca fue aprobado por el Consejo de Sociedad de las Naciones, se puede considerar a éste como el antecedente de aplicación del principio “arm’s length”, tanto del Modelo de Convenio de la ONU, y el actual Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE⁴⁹.

De aquí que este principio se fundamenta en el artículo 9 del modelo de la OCDE para evitar la doble imposición, y nuestra legislación lo ha recogido a cabalidad, así:

Art. (...).- Principio de plena competencia.- Para efectos tributarios se entiende por principio de plena competencia aquel por el cual, cuando se establezcan o impongan

⁴⁵ Gemma Sala Galván, *Los precios de transferencia internacionales, Su tratamiento Tributario*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), 73-75.

⁴⁶ Hubert Hamaekers, *Fiscalidad Internacional, Precios de Transferencia. Historia, Evolución y Perspectivas*, (Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2001), 261.

⁴⁷ la Sociedad de las naciones, fue creada en 1919 después de la Primera Guerra Mundial, disuelta al finalizar la Segunda Guerra Mundial, tras la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

⁴⁸ Gemma Sala Galván, *Los precios de transferencia internacionales, Su tratamiento Tributario*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003), 78-82.

⁴⁹ *Ibidem*.

condiciones entre partes relacionadas en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán sometidas a imposición⁵⁰.

En conclusión de no existir la aplicación de este principio, los resultados obtenidos (utilidad) serán sometidos a imposición (por la diferencia en precios); para entender de mejor manera, y siguiendo con el ejemplo ya propuesto, si “A” le vendió y exportó algo a “B” en un precio de \$ 100, pero por la aplicación de los precios de transferencia en función del principio de plena competencia se establece que “A” debió vender y exportar a un valor equivalente al que se estableció para “C”, a un precio de \$ 150, entonces, al realizar la simulación comparativa se estableció, que “A” le vendió y exportó más barato a “B” (\$ 100), cuando debía venderle al mismo precio que por comparación se le atribuye a “C” (\$ 150); de tal manera que en esta operación, “A”, dejó de declarar \$ 50 (precio de “C” 150 – precio de “B” 100) como ingreso gravable, al vender a su parte relacionada, bajo este supuesto no se cumple el principio de libre competencia, lo que conlleva a establecer una imposición sobre esta diferencia que dejó de declarar “A”. Analicemos ahora cuando se trata de compra o importación, en el mismo ejemplo, en que “A” le compra o importa bienes o servicios de su parte relacionada “B” a un precio de \$ 150, por lo que al aplicar los precios de transferencia en función del principio de plena competencia, se determina que “A” podría comprar a “C” a un precio de \$ 100, en este sentido, “A” adquirió el bien o servicio con un sobreprecio de \$ 50, lo que ocasiona que al comprar más caro dejó fuera de la base impositiva de su declaración ese valor, lo que provoca que la autoridad tributaria determine y grave sobre dicho excedente en el precio, el tributo respectivo.

Se debe destacar que las operaciones que se encuentran vinculadas entre partes relacionadas, presentan ciertas características entre sí, a las que se refiere el economista Marlon Manya Orellana, de la siguiente manera:

Del Artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, se desprende el principio de libre competencia, donde se hace referencia a una transacción concreta, la comparación o analogía, el acuerdo contractual de derecho privado, el mercado abierto, las características subjetivas de la transacción, y el análisis funcional de las operaciones realizadas por las empresas. El principio de plena competencia

⁵⁰ Víctor Uckmar, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, (Buenos Aires: La Ley, 2011), 107.

básicamente se refiere a que en un mercado competitivo no hay posibilidad de ganancias extraordinarias por medio del arbitraje, es decir, una persona no puede tener ganancias comprando producto barato y vendiendo caro ese mismo producto, contando todos los costos de transacción (impuestos, transporte, depreciación, etc.), manteniendo además, el precio de un bien o un servicio en cualquier transacción entre empresas vinculadas debe ser similar al que se obtenga del mercado abierto⁵¹.

Aspectos estos que permiten señalar que cuando se hace referencia a este principio, tal como lo señala el artículo innumerado segundo agregado después del art. 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno, al definir al “Principio de libre competencia”⁵², virtualmente se está considerando que se deben analizar los aspectos inherentes a una operación determinada entre las partes relacionadas, lo que significa que, cada operación debe ser tratada en forma individual, y dentro de ésta se debe considerar sus matices, tales como operaciones similares, las condiciones contractuales establecidas a la operación, las condiciones de mercado que de preferencia deben ser de un mercado abierto, los aspectos intangibles de la transacción, y el efecto que conllevan dichos matices. Por tanto, aunque las operaciones entre relacionadas, aparentemente sean similares, en el fondo no necesariamente lo son, por ejemplo si una compañía exporta banano a un mismo país en Europa, aunque el precio de origen en el Ecuador sea el mismo, probablemente puede existir una diferencia por el tipo de cambio en la Comunidad Europea, aunque éste es un supuesto muy básico, nos permite entender que una misma operación conlleva a una diferencia sutil en su destino. Además el autor nos permite establecer que en las operaciones vinculadas no puede existir una utilidad diferenciada en un mercado competitivo, lo que quiere decir que, se deben además considerar todos los costos operativos en que se incurre para establecer la rentabilidad de un producto o bien, es decir, la plena competencia considera que si todas las compañías independientes en condiciones de libre mercado importan un mismo producto, la rentabilidad asociada al menos debe ser similar, resulta por demás lógico considerar que dicha utilidad, puede variar sustancialmente al ser comercializado el mismo producto por diferentes compañías

⁵¹ Marlon Manyá Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, (Quito, Trenio S.A., 2009), 21.

⁵² Art. (...).- Principio de plena competencia.- Para efectos tributarios se entiende por principio de plena competencia aquel por el cual, cuando se establezcan o impongan condiciones entre partes relacionadas en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán sometidas a imposición. Artículo agregado por el art. 78 de Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

(incluidas las independientes), sea que se importa o se exporta; pues es necesario apreciar que existen factores que permiten dicha diferenciación en la utilidad, tales como: el valor FOB, que está en función de la cantidad y calidad del producto comercializado e incluso la frecuencia con la que se realiza dicha comercialización; el costo de transporte de un contenedor, varía por el volumen de la operación, uso frecuente de la naviera, o forma de pago; la demora en la desactualización puede provocar recargos operativos; e incluso por intangibles como son, la eficiencia y eficacia del personal involucrado en la importación o exportación, también puede provocar una gran diferencia en la variación de los costos asociados a los precios, ocasionando distorsión en la aplicación del principio analizado; y, así pueden existir un sin número de factores por los cuales el principio de plena competencia debe someterse a determinadas regulaciones o ajustes. Ante este argumento es preciso acotar que para establecer el principio de libre competencia existen diferentes métodos para su valoración, estos métodos propenden justamente a que cuando se pretende establecer los precios de libre competencia, a través de los métodos se deben realizar los ajustes técnicos razonables y necesarios para llegar a determinar el principio de plena competencia. En este sentido nuestra legislación lo recoge en el artículo innumerado tercero agregado después del artículo 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en el que se determinan los criterios de comparabilidad, así:

Art. (...).- Criterios de comparabilidad.- Las operaciones son comparables cuando no existen diferencias entre las características económicas relevantes de éstas, que afecten de manera significativa el precio o valor de la contraprestación o el margen de utilidad a que hacen referencia los métodos establecidos en esta sección, y en caso de existir diferencias, que su efecto pueda eliminarse mediante ajustes técnicos razonables.

Para determinar si las operaciones son comparables o si existen diferencias significativas, se tomarán en cuenta, dependiendo del método de aplicación del principio de plena competencia seleccionado, los siguientes elementos:

1. Las características de las operaciones, incluyendo: (...)
2. El análisis de las funciones o actividades desempeñadas, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones, por partes relacionadas en operaciones vinculadas y por partes independientes en operaciones no vinculadas.
3. Los términos contractuales o no, con los que realmente se cumplen las transacciones entre partes relacionadas e independientes.
4. Las circunstancias económicas o de mercado, tales como ubicación geográfica, tamaño del mercado, nivel del mercado, al por mayor o al detal, nivel de la

competencia en el mercado, posición competitiva de compradores y vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios sustitutos, los niveles de la oferta y la demanda en el mercado, poder de compra de los consumidores, reglamentos gubernamentales, costos de producción, costo de transportación y la fecha y hora de la operación.

5. Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado, entre otras⁵³.

En conclusión, este principio de plena competencia busca que los resultados de las operaciones controladas realizadas entre partes relacionadas, sean equivalentes al resultado, obtenido al realizar la misma operación no controlada, se entienda en las mismas condiciones, que entre partes independientes, por lo que, si por la aplicación de los diferentes métodos al efecto, se determina una diferencia en la utilidad de dicha operación, (luego de realizados los ajustes pertinentes), dicha diferencia (generalmente a favor del fisco) se somete a imposición tributaria, sin embargo, bajo ciertas circunstancias se llega a cuestionar que en el concepto del principio de libre competencia, se enmarquen todos aquellos factores que pueden afectar su establecimiento, o solo aquellos que le son convenientes a las respectivas administraciones tributarias.

1.3.4 La proporción de endeudamiento.

El Estado de situación financiera, conocido tradicionalmente como balance general, es el punto de partida para entender la situación financiera de la empresa, siempre y cuando se encuentren registrados correctamente todos los rubros que lo componen, así como también se constituye en la base elemental para obtener cualquier tipo de financiamiento, puesto que, el probable proveedor de fondos (mercantil o civil), antes de concretar la operación pedirá junto con información complementaria y sin lugar a dudas, la información sobre la posición financiera de la empresa. El balance general es una realidad contable de la situación patrimonial de una empresa a la fecha de emisión del mismo, proporciona información sobre la situación económica, porque informa sobre los recursos que dispone la empresa para realizar su actividad principal, y, proporciona información financiera porque informa sobre los recursos que han sido invertidos para realizar dicha operación. El balance es similar a una fotografía de la empresa en un momento del tiempo específico,

⁵³ Ley de Régimen Tributario Interno, artículo agregado por Art. 78 de Decreto Legislativo No. 000, publicado en Registro Oficial Suplemento 242 de 29 de Diciembre del 2007.

proporciona información importante sobre la liquidez, solvencia y capacidad de endeudamiento de la misma⁵⁴. En sí, esta información se presenta a manera de índices o ratios, los cuales al ser el resultado de una operación matemática en base de los saldos de las cuentas contenidas en un balance, proporcionan una información más simplificada del mismo; especialmente en lo que respecta a la proporción de endeudamiento, el mismo que se puede determinar a través de las medidas o índices de endeudamiento.

Existen dos tipos generales de medidas de endeudamiento: medidas del grado de endeudamiento, y medidas de la capacidad de pago de las deudas. El grado de endeudamiento, mide el monto de deuda con relación a otras cifras significativas del balance general. Una medida común del grado de endeudamiento es el índice de endeudamiento. El segundo tipo de medida de deuda, la capacidad de pago de deudas, refleja la capacidad de una empresa para realizar los pagos requeridos de acuerdo con lo programado durante la vigencia de la deuda. El término pago de deudas simplemente significa pagar las deudas a tiempo. La capacidad de la empresa para pagar ciertos costos fijos se mide usando los índices de cobertura⁵⁵.

Entonces, al referirnos a la porción de endeudamiento, implícitamente nos estamos refiriendo a la capacidad que un ente tiene para adquirir una deuda y cumplirla a cabalidad, pues, en los mercados financieros, en pos de proteger el capital otorgado a un tercero, se realizan ciertos análisis para garantizar la recuperación de estas erogaciones, por lo que, el hecho cierto de que se otorgue un crédito a una sociedad, que no mantenga unos índices adecuados para ser beneficiaria de dicho crédito, implica por sí mismo una vinculación entre el prestamista y el prestatario (relacionados), ya que no se explicaría de otra forma, que un ente social al no poder ser sujeto de crédito (por índices financieros no adecuados), haya conseguido dicho financiamiento.

Por tanto, la presunción de aportes de capital se asocia directamente al índice en el que se mide la deuda en relación al capital, dado que en el libre mercado, ninguna institución financiera asumiría un riesgo potencial, al financiar a una sociedad cuyo capital

⁵⁴ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 15.

⁵⁵ Lawrence J. Gitman y Chad J. Zutter, *Principios de Administración Financiera*, 12ª edición, (México, Pearson Educación, 2012), 71, 72.

no permitirá cubrir la obligación adquirida; lo cual significaría prima facie, que este riesgo si lo asume un relacionado por diferentes circunstancias e intereses sociales, esto se evidencia en nuestra normativa tributaria, ya que el tercer inciso del numeral segundo del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, delimita la porción de endeudamiento a través de créditos externos al 300% de su patrimonio, de lo que se colige que solo en esa proporción se podrán considerar como deducibles los intereses generados en un préstamo de partes relacionadas⁵⁶.

De lo anotado podemos concluir que, si del análisis obtenido a través de los índices financieros con base en los balances de una compañía resulta que ésta, no es sujeto de crédito, sea porque se encuentra ya endeudada o sea porque no tiene suficiente capacidad de pago por sus resultados, y sin embargo ha recibido un préstamo, entonces se puede establecer que el financiamiento y su consecuente riesgo provienen de un relacionado al ente, con un interés particular, y así también lo entiende el autor Fernando Serrano, al exponer este elemento y acercarnos al siguiente elemento que es el de la garantía, al expresar:

La subcapitalización se relaciona estrechamente con la existencia de vínculos entre las sociedades prestamista y prestataria. En efecto, sólo por ella se explica en términos económicos que se recurra al préstamo y no a la aportación de capital propio en calidad de socio. A diferencia de éste, el prestamista no tiene en cuanto tal intervención alguna en la marcha de los negocios de la sociedad prestataria. Por ello, la concesión de un préstamo cuantioso únicamente tiene sentido económico, a falta de otras garantías, si el prestamista tiene medios de vigilar la gestión del prestatario⁵⁷.

Del texto transcrito se entiende entonces que, en el préstamo concedido por un tercero independiente será necesaria una garantía para el fiel cumplimiento de la obligación (capacidad económica), en tanto que en la aportación de capital con figura de préstamo, la garantía se vuelve secundaria, por tanto, la ausencia de una garantía u otro colateral puede constituir otro elemento por el cual se cuestione la relación financiera con una entidad vinculada, cuyo resultado sería la adjudicación de un crédito por parte de un ente

⁵⁶ Art. 10 numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno reformado por Disposición Reformativa Segunda, numeral 4 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015.

⁵⁷ Fernando Serrano Antón, *Fiscalidad internacional*, 5ta. edición, (Madrid: Coyve S.A., 2013) 1099

financiero, sin considerar el riesgo asociado a la operación; entonces, se entendería que al ser parte de una relacionada (prestamista), ésta puede vigilar las acciones o gestión de quien recibió el préstamo y de esta forma proteger sus intereses (minimizando el riesgo) en torno a ese capital otorgado.

Ahora, lo que nos interesa es conocer cómo se mide el endeudamiento, ya que se debe considerar que la norma tributaria contenida en el tercer inciso del numeral segundo del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, considera dos aspectos fundamentales: en primer lugar, cuando se refiere al endeudamiento a través de créditos externos, se entiende que es todo el saldo de la deuda (mercantil o civil) proveniente del exterior; y, en segundo lugar, delimita dicho endeudamiento, a tres veces el valor del patrimonio. Es por esta razón, que se utiliza el índice de endeudamiento para determinar, si la porción de la deuda es o no superior al límite normativo establecido.

1.3.4.1 Índice de endeudamiento.

En lo que respecta a la subcapitalización este índice financiero se presenta de dos formas: la primera, por la cual se mide el índice de endeudamiento con relación a los activos y pasivos de la empresa, ya que esto permitirá establecer si la sociedad se encuentra dentro de los rangos normales de endeudamiento o lo sobrepasa (figurativamente una empresa no puede endeudarse más allá de su capacidad); y, la segunda forma, el nivel de endeudamiento en relación a su patrimonio, debido a que este es la relación que se aplica en la norma tributaria sobre Infracapitalización.

En lo que atañe al primer supuesto señalado, tal como su nombre lo indica, los ratios de endeudamiento determinan cuán endeudada está la empresa. Este nivel de endeudamiento se mide en relación a los activos o al patrimonio de la empresa. Pero se debe aclarar lo siguiente: para medir apropiadamente el endeudamiento, no se debe confundir las deudas con los pasivos. Únicamente se deben medir las deudas contratadas con intereses (a corto y largo plazo), no el total de los pasivos. Es por esta razón que, para calcular el endeudamiento, algunos autores toman la relación entre las deudas y el total del financiamiento con costo (es decir deudas más patrimonio). Aunque esto sí es correcto, se

debe considerar que el total del financiamiento con costo es igual al total de la inversión real, lo que se conoce como activo neto⁵⁸.

Bajo este supuesto, y entendiendo que, el índice de endeudamiento mide la proporción de los activos totales que financian los acreedores de la empresa. Cuanto mayor es el índice, mayor es el monto de la deuda (financiamiento) que se usa para generar utilidades, por lo que para su medición se utiliza la siguiente fórmula de cálculo:

$$\text{Índice de endeudamiento} = (\text{Total de Pasivos} / \text{Total de activos})$$

En otras palabras, la razón de endeudamiento, mide básicamente qué porcentaje de cada dólar de activo se encuentra financiado, financiamiento que puede ser por terceros (acreedores), o por relacionados, y para su mejor comprensión utilizaré el siguiente ejemplo: si el valor del activo es de \$ 10.000, y el pasivo es \$ 8.500, el resultado del índice de endeudamiento es de 0.85 o 85 %, lo que significa que, por cada \$ 1 de activo que posee, la empresa debe \$ 0.85. Se torna importante este índice ya que, a través de él, se puede evidenciar la deuda de una compañía antes y después de obtener un préstamo. En este sentido, si la empresa se encontraba endeudada ya antes de recibir un nuevo préstamo, resultaría evidente que un segundo préstamo recibido mantiene un alto riesgo de impago, por lo que se presume que proviene de una parte relacionada, en donde como ya lo analizamos, el riesgo es asumido por los mismos socios, que corren con el supuesto “riesgo de impago” por que mantienen el control sobre ese valor, que ya no se consideraría un préstamo, sino un aporte patrimonial.

En lo que tiene que ver con el segundo supuesto, esto es, que la norma tributaria determina un límite de la deuda externa respecto del patrimonio, por lo que se entiende que, el índice de endeudamiento sobre el patrimonio, nos indica la proporción de deudas financieras con respecto al total del patrimonio⁵⁹, cuya fórmula de cálculo es:

$$\text{Endeudamiento sobre el patrimonio} = (\text{Deudas financieras} / \text{Total del patrimonio})$$

⁵⁸ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 49.

⁵⁹ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 50.

Es necesario aclarar que, aunque esta fórmula establece únicamente a las deudas financieras, dentro de estas y como vimos anteriormente, se debe incluir a los créditos de proveedores, debido a que los mismos constituyen una forma de financiamiento, y más específicamente a los proveedores del exterior.

Para entender de mejor manera este índice pondremos a manera de ejemplo que: la empresa “A”, antes del financiamiento posee en su balance inicial, un valor de activos de \$ 10.000; un valor de pasivos por \$ 8.000, distribuidos de la siguiente manera, \$ 1.800 de deuda a proveedores locales, \$ 2.200 por varias deudas, \$ 700 por obligaciones fiscales, \$ 1.300 por deudas financieras externas; y \$ 2.000 por deudas con proveedores del exterior; y, la diferencia en este caso \$ 2.000 lo constituye el patrimonio. Si aplicamos la fórmula determinada, sería: $[(1.300+2.000) / 2.000] = 1,65$, o porcentualmente 165%; lo que significa que de acuerdo a la norma tributaria, esta empresa mantiene una relación de deuda de 165% respecto del patrimonio, es decir, se encuentra por debajo del límite establecido en la ley. Si la empresa “A” decide realizar un nuevo crédito al exterior por un valor de \$ 4.000, entonces el índice de endeudamiento quedaría así: $[(1.300+2.000+4.000) / 2.000] = 3,25$ o porcentualmente 325%, lo cual implica que, si el límite establecido en la norma es del 300%, entonces, en lo relativo a ese 25% de excedente, se considerará en lo que respecta al capital como un aporte patrimonial, y por tanto los intereses pagados sobre ese excedente no serán considerados como gasto deducible para fines de determinación del impuesto a la renta.

A este método que se puede calificar de objetivo, consiste en fijar un límite a la relación entre el endeudamiento y los fondos propios de la sociedad (ratio de endeudamiento) dentro del cual el ordenamiento tributario aceptará la calificación del préstamo. Cuando, por el contrario, la ratio se rebase, el exceso del endeudamiento será considerado como aportación y el interés correspondiente a este exceso será tratado como dividendo⁶⁰.

⁶⁰ Fernando Serrano Antón, *Fiscalidad internacional*, 5ta. edición, (Madrid: Coyve S.A., 2013), 1102

1.3.4.2 El apalancamiento.

No puedo dejar de precisar que el riesgo de una sociedad, en términos financieros, es toda variación que sufre, o eventualmente puede llegar a sufrir, una rentabilidad esperada (la utilidad que espera recibir un inversionista), lo cual afecta de una forma positiva, así como de una forma negativa a la sociedad. En otras palabras la rentabilidad que un inversionista espera obtener al final del período, se ve afectada por factores internos y externos a la sociedad, que provocan, que en ese período de tiempo, la rentabilidad en unos casos suba y en otros baje, y es este segundo comportamiento que se conoce como riesgo. Este concepto se encuentra íntimamente relacionado a lo que se conoce como costos fijos y costos variables. Así, y con el objetivo de entender a lo que cada uno de estos costos se refiere, pondré a manera de ejemplo los costos en una empresa de producción, entonces, los costos fijos, son aquellos que no se ven afectados por el nivel de ventas y su correlativa producción, es decir, aunque se venda más o se produzca más, esos costos no van a variar; en tanto que los costos variables, son aquellos que se incrementan o disminuyen en función directa a lo que se vende o produce. Esto nos conlleva a que una empresa que fundamenta su operación en costos fijos, tiene un riesgo menor y consecuentemente un menor rendimiento; en contrapartida, la empresa que sustenta su operación en costos variables, obtiene un mayor rendimiento y consecuentemente un mayor riesgo. Estos dos supuestos se los conoce con el aforismo financiero de que “a mayor riesgo, mayor rentabilidad”.

Como hemos visto los costos fijos definen el riesgo que asume un inversionista por la utilidad esperada en un determinado tiempo, de aquí que nos encontramos con dos clases de costos fijos, los costos fijos que se utilizan en la operación de la sociedad (operativos), y los costos fijos relacionados al financiamiento en que incurre el ente (financiero); por lo que los efectos de estos dos conceptos en la utilidad esperada, se miden por el apalancamiento, sea operativo o financiero.

El apalancamiento se refiere a los efectos que tienen los costos fijos sobre el rendimiento que ganan los accionistas. Por “costos fijos” queremos decir, costos que no aumentan ni disminuyen con los cambios en las ventas de la compañía. Las empresas tienen que pagar estos costos fijos independientemente de que las condiciones del negocio sean buenas o malas. Estos costos fijos pueden ser operativos, como los derivados de la compra

y la operación de la planta y el equipo, o financieros, como los costos fijos derivados de los pagos de deuda. Por lo general el apalancamiento incrementa tanto los rendimientos como el riesgo. Una empresa con más apalancamiento gana mayores rendimientos, en promedio, que aquellas que tienen menos apalancamiento, pero los rendimientos de la empresa con mayor apalancamiento también son más volátiles⁶¹.

Dado el tema de estudio, nos interesa sobremanera el apalancamiento financiero, por lo que se deduce que al existir un alto nivel de endeudamiento, existe paralelamente un alto nivel de costos fijos, razón por la cual, cuando bajan los niveles de ingreso de una sociedad (ventas y su correspondiente utilidad), estos costos fijos altos se mantienen, lo que conlleva a establecer en este caso que la empresa posee un alto apalancamiento operativo. De aquí que, cuando nos estamos refiriendo al endeudamiento per se, se deben considerar no sólo los costos fijos que dicha operación encierra, sino que además se debe considerar puntualmente el nivel de riesgo asociado a dicho endeudamiento, cuyos efectos se verán reflejados en los resultados operativos de la entidad, ya que desde la óptica financiera, un mayor índice de endeudamiento provoca (en el supuesto de una buena administración) rendimientos más altos, y en la misma medida se incrementan los riesgos asociados.

En consecuencia se puede resumir en que, el apalancamiento financiero proviene del uso del financiamiento de costos fijos, como deuda y acciones preferentes, para acrecentar el rendimiento y el riesgo. La cantidad de apalancamiento en la estructura de capital de la empresa afecta el valor de esta al influir en el rendimiento y el riesgo. Las partes ajenas a la empresa pueden realizar una evaluación aproximada de la estructura de capital usando mediciones que se encuentran en los estados financieros de la empresa. Por ejemplo, una medida directa del grado de endeudamiento es el índice de endeudamiento (total de pasivos / total de activos). Cuanto mayor es este índice, mayor es el monto relativo a la deuda (o apalancamiento financiero) en la estructura del capital de la empresa⁶².

Como hemos podido evidenciar, tanto el índice de endeudamiento como el de su correlativo apalancamiento, permiten de una forma directa determinar un nivel de

⁶¹ Lawrence J. Gitman y Chad J. Zutter, *Principios de Administración Financiera*, 12ª edición, (México, Pearson Educación, 2012), 455.

⁶² Lawrence J. Gitman y Chad J. Zutter, *Principios de Administración Financiera*, 12ª edición, (México, Pearson Educación, 2012), 470.

probabilidad de que los valores incorporados como deuda a una sociedad, provengan de un préstamo como tal, sino de un préstamo que en realidad es una aportación de socios, esto debido a que en una operación de crédito, que cumpla con el principio de plena competencia, quien provea los fondos para dicha inversión no incurrirá en riesgos sobre dichos valores, como si lo haría una parte relacionada. Y que si bien el riesgo del negocio (objeto social) depende de factores como la competencia, calidad de producto y apalancamiento operativo, no es menos cierto que, el riesgo financiero depende únicamente de los títulos emitidos, (como financiación), debido que a mayor deuda mayor riesgo para los accionistas.

1.3.5 La garantía.

Como una primera aproximación al tema, creemos ilustrativo bucear en su raíz semántica, y citar la definición de la palabra garantía que para nuestro idioma brinda la Real Academia Española. La misma otorga a dicho vocablo seis acepciones principales, a saber: a. Efecto de afianzar lo estipulado; b. Fianza, prenda; c. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; d. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo (“Lo hizo con la garantía de que no se producirán complicaciones”); e. Compromiso temporal del fabricante o vendedor, por el que se obliga a reparar gratuitamente algo vendido en caso de avería; y, f. Documento que garantiza este compromiso. Como podemos apreciar, esta definición (fuera del lenguaje técnico y como acepción vulgar de la palabra) asimila el término garantía a varias ideas fuerza, todas las cuales nos dejan entrever que garantía es, en sustancia, aquello que permite sostener el cumplimiento de una obligación asumida, ya sea con acciones simplemente personales o mediante la afectación de cosas o bienes, que permitan al acreedor inferir que no se verá menoscabado su derecho. En forma coincidente con la acepción semántica general, en el ámbito del derecho se ha utilizado dentro de sus múltiples ramas el vocablo “garantía”, otorgándole el valor y significado de resguardo de cumplimiento para el acreedor o beneficiario. Incluso podemos afirmar que la fuente originaria de estos derechos ha nacido en el ámbito civil, donde se los regula y define con precisión, para luego ser llevados con mayor especialidad al ámbito comercial⁶³.

⁶³ Ernesto Eduardo Martorell, Director, *Tratado de Derecho Comercial*, Primera edición, (Buenos Aires, La Ley, 2010), 621, 622.

En el ámbito formal de las operaciones financieras se entiende que a la contratación de un préstamo se encuentra atado a la garantía del mismo, con el objeto de salvaguardar su cumplimiento, es decir, lo que se busca con una garantía es minimizar el riesgo de no poder recaudar el capital y los intereses inmersos en la operación crediticia, el autor Daniel Mavilla al respecto manifiesta que:

Las garantías son todos los medios que respaldan o aseguran el pago o reembolso de los créditos otorgados. El requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan, no está basado en previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso. La garantía es un colateral, no es la base sobre la cual se fundamenta el crédito⁶⁴.

La garantía entonces se traduce en la forma más simple de minimizar el riesgo que corre el prestamista en caso de incumplimiento del prestatario, permitiendo con ésta el asegurar el cumplimiento de la obligación contraída.

Otorgar una garantía consiste en otorgar una fianza a favor de un tercero por contratos o acuerdos que estos tengan con los clientes de la institución financiera. Toda garantía emitida supone la existencia de un riesgo para una institución financiera. En términos legales, la garantía es un contrato por el que el garante se compromete a responder en todo o en parte de las pérdidas sufridas por el beneficiario como consecuencia del incumplimiento de una obligación, presente o condicional, asumida contractualmente por un tercero ordenante, toda vez que el compromiso del garante se presta independientemente de la existencia, validez o del carácter ejecutivo de la obligación garantizada. Es un documento incondicional irrevocable y de pago inmediato mediante el cual la institución financiera se compromete a pagar una determinada suma de dinero a un beneficiario siempre y cuando el cliente de la institución financiera (ordenante) no cumple con el compromiso objeto de la garantía, el que debe ser muy claro y preciso. Esta posibilidad de cobro se ejerce al vencimiento del plazo estipulado en la garantía⁶⁵.

Por lo tanto podemos concluir que de forma frecuente la garantía representa un colateral que el prestatario deja al prestamista para respaldar una determinada obligación de deuda o una transacción derivada, con objeto de: mejorar la solvencia crediticia del

⁶⁴ Daniel Mavilla, *Garantías Crediticias*, (Perú, Industrial Data, 2004), 61-64

⁶⁵ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 150.

prestatario o de la otra parte contratante; y minimizar el riesgo asociado a la operación, entendiéndose además que en el préstamo la garantía que prevalece es la garantía real.

Ahora es necesario considerar que, el crédito bancario, es el estudio de cada operación concreta, el examen y la ponderación de la garantía es tema de preferente atención para el banco. Y no sería justo que en esta preocupación por obtener la máxima garantía una actitud opresora o persecutoria de los bancos frente a sus clientes. No olvidemos que el dinero que los bancos dan a crédito es el mismo que ellos recibieron a crédito y que, por lo tanto, las garantías que ellos adopten en las operaciones activas aseguren el buen fin de las operaciones pasivas. En último término, el banco, al que se garantice la devolución de los créditos que conceden, está garantizando a sus depositantes la restitución de sus capitales. Por la enorme importancia que la garantía real tiene en el ámbito de las operaciones bancarias, es lo cierto que la primera garantía que busque el banco es la garantía personal, fundada en las condiciones de seriedad y honestidad del cliente, en su reputación de buen pagador. Más cómo del cumplimiento de sus obligaciones responden el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, es lógico que los bancos, además de buscar el informe sobre la solvencia moral del cliente, se informen también de su solvencia material pidiéndole una declaración comprensiva de todos sus bienes y de los medios económicos con los que cuenta para poder pagar. Si se trata de una sociedad mercantil, los bancos suelen exigir la presentación de sus balances y, a veces, un estudio más amplio de su contabilidad, que puede concretarse también con una visita al establecimiento mercantil o industrial realizada por alguna persona experta de confianza del banco⁶⁶.

De esta manera y al igual que lo señalé en el punto anterior, desde una óptica común, tanto el análisis financiero de los balances, como el respaldo a través de una garantía, no se consideran como requisitos imprescindibles ante la existencia de la vinculación o relación entre partes, pues al existir dicha relación, se están tácitamente controlando las actuaciones del prestatario en pro del prestamista, asumiendo el riesgo de incobrabilidad y paralelamente asegurando la recuperación del valor provisto. Resulta incuestionable que la falta de una garantía, devela una operación entre partes relacionadas,

⁶⁶ Joaquín Garrigues, *Contratos Bancarios*, (Madrid, Reus S.A., 1988), 302, 303.

ya que sería inconcebible que en una operación financiera de préstamo, un tercer acreedor independiente, no la solicite, desde luego se debe considerar que pueden existir operaciones en las cuales la garantía se encuentre indirectamente asociada a la operación, como es el caso de las garantías pignoraticias.

Si consideramos que el adjetivo "pignoraticio" proviene etimológicamente del latín "pignus", cuyo significado es prenda, se esclarecería que al vincularlo con el contrato de préstamo, resalta el hecho de que éste se concede con garantía de una prenda o cosa mueble de valor equivalente o superior, que queda a resguardo o depósito del prestamista.

Los créditos y préstamos con garantía pignoraticia son operaciones de crédito o préstamo en las que la garantía recae sobre bienes muebles, los cuales pueden pasar o no a posesión de la entidad, según se trate de prenda o sin desplazamiento de posesión, respectivamente. Es susceptible de ser entregada en prenda cualquier cosa mueble que esté en el comercio con tal de que sea susceptible de posesión, mercaderías y materias primas animales, cosechas, etc., al igual que los acreedores hipotecarios, los pignoraticios son también acreedores privilegiados ante situaciones concursales del prestatario con los mismos derechos de aquellos. Las operaciones más frecuentes de crédito o préstamo con garantía prenda o pignoraticia son: con garantía de valores, con garantía de mercaderías, con garantía de efectos comerciales, y con garantía de depósitos en efectivo⁶⁷.

El uso de este tipo de garantía se ha vuelto de uso más frecuente en la actualidad, y se da en torno a que se utiliza como garantía de un préstamo, un valor o capital depositado generalmente en la misma entidad financiera o en alguna sucursal o parte relacionada a ésta, que concede dicho préstamo, o un determinado título endosado a favor del prestamista (a manera de préstamo documentario). Partiendo de este supuesto, el ente prestamista cubre su riesgo operativo a través de una garantía líquida, proveniente del mismo beneficiario del préstamo o de un relacionado a éste. Esta figura actualmente se la considera como un producto financiero y cuya denominación es el "back to back".

Para entender el funcionamiento de este producto financiero pondremos el siguiente ejemplo: El prestatario desea hacerse de un préstamo por el valor de \$ 10.000, sin embargo

⁶⁷ Jorge Pérez Ramírez, *Contabilidad Bancaria*, (Buenos Aires, Fareso S.A., 2003), 26, 27

dentro de su excedente de flujo de efectivo consta que tiene como disponible el valor de \$ 12.000, por lo que procede a depositar, generalmente en cuentas del exterior, este excedente de circulante, ganando por dicho depósito a plazo fijo un interés, entonces, en base a este depósito solicita un préstamo de \$ 10.000 cuya garantía de capital e interés, consiste en el mismo depósito a plazo fijo, sin la necesidad de una garantía adicional, por lo que al ser el préstamo avalado por el mismo prestatario, se configura otra forma de la subcapitalización por la vinculación al origen del dinero convertido en aval, pues sigue siendo de la misma compañía, o incluso dicha garantía puede provenir de una parte relacionada.

Con respecto a las partes vinculadas en ámbito extraterritorial, de forma teórica, si realizáramos una interpretación amplia del término endeudamiento indirecto podríamos entender por tal aquel endeudamiento por el cual, con independencia de que la sociedad que materialmente realiza el préstamo sea residente o, siendo no residente, no tenga la consideración de vinculada en relación con la sociedad residente prestataria, es la sociedad no residente vinculada la que, en última instancia, asume el riesgo que pueda derivarse de la operación de préstamo. El supuesto en el que la entidad prestamista ha recibido, a su vez, un préstamo de otra persona o entidad no residente vinculada con la entidad prestataria es el más claro de endeudamiento indirecto. Sin embargo, esta interpretación amplia permite también considerar endeudamiento indirecto los préstamos back to back, operaciones en que suele intervenir una entidad bancaria extranjera como prestamista de la entidad residente a la que previamente se ha dotado de fondos por la entidad no residente vinculada con la prestataria⁶⁸.

Con base en lo expuesto, es posible ratificar el hecho de que en este caso la garantía está dada, por la misma empresa contratante de préstamo o en su defecto de una vinculada, con lo que el financiamiento indirecto no es tal, sino que, al usarse esta figura con una institución financiera del exterior, nos encontraríamos en una situación de simulación de la realidad económica.

En definitiva, la garantía como aval de un préstamo es un requisito imprescindible en una operación con un tercero independiente, la ausencia de este colateral implica por sí

⁶⁸ Teodoro Cordon Ezquerro, Director, *Manual de Fiscalidad Internacional*, (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 314.

mismo, incursionar en un análisis de cuyo resultado se puede obtener que, el colateral ha sido proporcionado por el mismo ente a través de una garantía pignoratícia, o ésta ha sido proporcionada por un ente relacionado, lo que conlleva a que en cualquiera de estas dos figuras señaladas, se establece el presupuesto de la subcapitalización, debido a que los fondos al provenir del mismo ente o su relacionada, se consideran aportes de capital, y más no un préstamo como simuladamente pretende considerar el sujeto pasivo de tributos. Se torna entonces importante esclarecer, el por qué una empresa que ostenta niveles óptimos de endeudamiento y de capacidad de pago, es decir, es sujeto de crédito con terceros independientes, en lugar de recurrir a estos terceros, opta por un crédito vinculado. En síntesis, se debe analizar cuál es el objeto de realizar dicha operación.

1.3.6 Objeto del financiamiento.

Hemos mencionado que las empresas necesitan recursos para poner en marcha sus proyectos, para cumplir con sus objetivos y metas trazadas, para llevar a cabo sus estrategias de operación, inversión y obviamente financiamiento que son las que aumentan la producción, abren mercados, permiten comprar maquinarias, etc., es claro para todos que la falta de liquidez crea la necesidad de financiarse, si la empresa lo consigue podrá seguir adelante, si no lo consigue tendrá un grave problema que resolver caso contrario tendría que cerrar sus puertas con el correspondiente efecto negativo en la economía y sociedad⁶⁹. Si bien lo expuesto representa una visión eminentemente administrativa, es necesario tener claro que, el financiamiento por sí mismo conlleva, como lo hemos reiterado, el obtener los recursos para lograr los objetivos sociales, y no necesariamente está vinculado a un aspecto tributario, es decir, la necesidad de liquidez es una, y resultado de esta viene la afectación tributaria.

En un ámbito estrictamente formal del ámbito administrativo en torno a las decisiones de financiamiento, los autores, María Verona Martel y otros, citan a varios autores y exponen lo siguiente:

La función financiera en la empresa “abarca un campo de estudio amplio y complejo. Evidentemente ha de ocuparse del análisis de las instituciones y de los

⁶⁹ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, Manual de Financiamiento para Empresas, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 107.

instrumentos financieros disponibles y su mejor utilización en la instrumentación de la política económica de la empresa. Adicionalmente a la obtención de fondos, tanto en el ámbito externo como en el interno de los mismos” (Durán Herrera, 1992:158). Por tanto, al estudiar la función financiera de la empresa, ésta no puede ser analizada sólo desde una perspectiva interna (empresa) sino que el análisis se ha de completar con el punto de vista externo (entorno financiero).

Weston y Copeland (1995:89,91) apoyan esta doble perspectiva al afirmar que “las decisiones financieras internas de la empresa deben tener en cuenta los ambientes externos de naturaleza económica, financiera y social. [...] Los administradores financieros establecen un vínculo entre las empresas que invierten en capital físico y el sector financiero de la economía que suministra fondos por conducto de las instituciones y de los instrumentos financieros”. Esto es, el director financiero es el encargado de actuar como intermediario entre las actividades productivas de la empresa y los mercados financieros donde se negocian los activos financieros emitidos por ella para captar fondos con el fin de financiar sus alternativas de inversión (Fernández Álvarez, 1994:97; Brealey; Myers y Alien, 2006:7).

Por tanto, al hacer referencia a las atribuciones específicas de la función financiera se puede afirmar que, éstas se concretan en dos (Brealey y Myers, 1998:8): a) Decisiones de inversión, y b) Decisiones de financiación.

Es decir, la empresa tiene que decidir: 1) cuánto invertir y en qué activos hacerlo; y, 2) cómo conseguir los fondos necesarios para ello; ya que, el objetivo que se persigue es incrementar el valor de la inversión de los accionistas en la empresa⁷⁰.

Rescatamos de lo expuesto por los autores que en prima facie, los administradores o socios de la empresa, deben decidir primero, cuanto se va a invertir; segundo, en que se va a aplicar esa inversión; y, tercero, como conseguir los fondos para esta inversión, lo cual puede sintetizarse en un denominado “proyecto”. Es decir, desde la perspectiva administrativa, la decisión que se tome respecto de la inversión, no es una decisión que se tome al azar, sino más bien que debe existir un planeamiento y justificación del por qué se incurre en una determinada inyección de capital. Dicho de otra manera, estos tres factores: cuanto invertir, donde invertir, y como obtener los recursos; configuran por sí mismos el objeto de la financiación. Al ser estos factores vinculantes entre sí, conlleva a que de igual manera se deban observar los aspectos internos y externos que acarrea la operación de financiamiento; en donde, para el tema de estudio son relevantes las consecuencias económicas externas a la sociedad, así que podemos referenciar que una consecuencia

⁷⁰ María Verona Martel, Manuela Hernández Sánchez y José Denis Mayor, *Finanzas Corporativas*, (Madrid, Delta Publicaciones Universitarias, 2013), 56, 57.

externa está dada por los resultados económicos logrados de dicha operación, los cuales fundamentalmente deberían ser: la obtención de ingresos para la sociedad, y sus efectos tributarios, tanto por el incremento de ingresos, como por los costos asociados a dicha operación (el pago de intereses y capital).

Dada la naturaleza de nuestro tema, y ante lo expuesto, se presentan dos presupuestos fundamentales: a) Que el objeto del financiamiento ha tenido como fundamento un proyecto que justifica el endeudamiento; y, b) Que existe un análisis de las consecuencias económicas de dicho financiamiento, lo que implica que no sólo se debe demostrar que la operación ayudó a generar ingresos (en este caso gravados), sino que además se conocían igualmente las consecuencias económicas en el ámbito tributario. Éste segundo punto, trae aparejado el hecho real y cierto de que si bien la decisión del financiamiento, es una decisión interna de la sociedad, no es menos cierto que una vez tomada la decisión de financiarse, se consideró si se lo hacía a través de aportes (más allá de la obligación de los socios de aportar con capital propio), o por terceros independientes, es decir, el objeto del financiamiento trae implícitas decisiones internas, que conllevan a resultados económicos externos.

Como hemos podido apreciar, este elemento constituye la razón por la que se recurrió al financiamiento, sea este directo o indirecto, para lo cual es pertinente recordar que al definir al tema de estudio, se consideró que la subcapitalización material, se produce cuando no existen los recursos financieros necesarios para la operación del ente, es decir, no se pueden lograr los objetos sociales planteados en la constitución; e, infracapitalización formal o nominal, se produce cuando existiendo los recursos financieros, éstos han provenido de los mismos socios, o por terceros por encargo de los socios, cuando lo que debían hacer los socios es aportarlos como capital. Con estos antecedentes resulta indiscutible que es posible migrar de subcapitalización material a una formal, al proveerse a la sociedad de los recursos financieros necesarios para su operación, los mismos que provendrán de partes relacionadas, y en sentido inverso, esto es, se podría pasar de la infracapitalización formal a la material, cuando, al no haberse separado los valores aportados en concepto de préstamo, la sociedad no dispone de los recursos para cubrir las necesidades del financiamiento. Esta particularidad nos conlleva a advertir que el riesgo

asociado a la operación de crédito, tiene vital importancia al momento de inyectar un capital en la sociedades, pues es diferente en primera instancia, tener la responsabilidad de socio sobre un crédito, que tener el derecho como acreedor sobre dicho capital, sin embargo, una de las particularidades en la figura de la subcapitalización nominal es que, el vinculado adquiere las dos calidades señaladas, y a pesar de ello como ya lo señalé, dependiendo de la configuración societaria de la compañía, la responsabilidad patrimonial es otro de los factores por los cuales se incurre en esta figura de infracapitalización nominal.

Debo acotar entonces que bajo el aspecto tributario, cumplido el formalismo de los requerimientos para la consecución de un crédito, resulta evidente que el mismo generará los intereses correspondientes asociados, por el uso del dinero en el tiempo, de tal manera que el pago de éstos tiene efectos diferentes en la determinación de la base imponible del impuesto a la renta (objeto de la financiación), así, en el caso de un crédito externo concedido por un tercero independiente, se habla de que dicho crédito genera un gasto por interés que tiene como principal característica para quien lo paga, su deducibilidad en la base imponible del impuesto a la renta, en tanto se cumpla con los requisitos normativos para ello; entre otros: el registro del crédito en el Banco Central o que su valor no supere el 300% del patrimonio⁷¹; en tanto que cuando se habla de un préstamo vinculado, ese mismo interés cancelado será considerado como un anticipo de dividendos y por consiguiente el valor pagado por concepto de interés, es un gasto no deducible.

Para el autor Walter Villanueva Gutiérrez, al hablar de la subcapitalización y el ajuste secundario, considera que:

La subcapitalización alude a un fenómeno mercantil muy concreto, la proporción elevada de financiación ajena con relación a la propia, el excesivo endeudamiento financiero, que fiscalmente genera una ventaja y es que los intereses que finalmente retribuyen tales fondos son deducibles del Impuesto a la Renta, mientras que los dividendos que retribuyen los aportes de capital no son deducibles.

Una de las variables que normalmente se suele evaluar para definir la estructura del capital de una Compañía (capital o deuda), es precisamente la distinta incidencia

⁷¹ Art. 10 numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno reformado por Disposición Reformativa Segunda, numeral 4 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015.

impositiva de la retribución de los aportes de capital (fondos propios) y de los préstamos (fondos ajenos)⁷².

Se puede inferir entonces que la subcapitalización configurada como un recurso financiero indirecto trae como finalidad, obtener una ventaja de índole fiscal, pues intenta utilizar al interés pagado en dicho crédito como un gasto deducible, lo cual no es posible en la figura de capitalización por parte de los socios. Entonces en este supuesto, queda en segundo plano la responsabilidad patrimonial sobre los préstamos o créditos por la calidad de relacionado, no así por la calidad de acreedor, ya que en este tendrá derecho a percibir intereses, por los cuales dependiendo de la jurisdicción tributaria podría eventualmente pagar un impuesto menor, beneficiándose el socio prestamista o vinculado, así de forma directa.

En este sentido el autor Manyá Orellana, nos da a conocer su apreciación cuando trata de los recursos ajenos versus los recursos propios, así:

Considerando la sociedad financiada, la decisión de recursos propios o ajenos incide directamente en su base imponible. Los intereses por el uso de capitales ajenos son considerados gastos fiscalmente deducibles que reducen el beneficio gravable, por el contrario la parte de beneficio que la sociedad distribuye como dividendos a sus socios no es considerado como gasto fiscalmente deducible, y por tanto, componen su base imponible. Con respecto a la tributación de cada aportación generada por cada clase de financiación se puede considerar que los intereses tributan exclusivamente donde fueron contraídos, ya que son deducibles en la base imponible del pagador por lo que no se produce una doble imposición. Los dividendos en cambio soportan un régimen menos favorable, ya que los convenios de doble imposición autorizan al país de la fuente gravámenes superiores comparados con los intereses ya que rara vez los Estados renuncian unilateralmente al impuesto por obligación de dividendos, por lo que normalmente se produce doble imposición internacional. Debido a que los intereses y dividendos reciben un distinto trato tributario, la deducibilidad del interés actúa como elemento primordial al momento de decidir cuál financiamiento es el adecuado, es por este motivo que resulta más atractivo al momento de elegir financiamiento entre vinculadas, al prestar ya que es una medida para disminuir la carga fiscal a través del aumento de pasivos y por consiguiente aumento de gastos y una utilidad antes de impuesto mucho menor, por lo que parece más razonable pensar que en muchas ocasiones se preferirá la financiación a través de préstamos⁷³.

⁷² ARA Editores, *Las Presunciones y Rentas Fictas Aspectos Constitucionales y Tributarios en el Impuesto a la Renta*, (Lima: IPIDET, 2010), 221.

⁷³ Marlon Manyá Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, (Quito, Trenio S.A., 2009), 67.

El autor nos acerca a un aspecto tributario más de fondo respecto a los intereses, pues nos indica que bajo el supuesto de que los intereses puedan ser considerados como deducibles en el lugar en donde se reflejó tributariamente el crédito, en tanto que, en el lugar en donde se contrató el crédito se convierten en un ingreso, por lo que, en el primer caso al ser considerados como gastos, permiten bajar la base imponible del impuesto a la renta, mientras que en el otro lado, al ser considerados como un ingreso, aumentan la base imponible del impuesto a la renta para su beneficiario, de tal manera que podría decirse que dependiendo de la tarifa vigente en cada jurisdicción, existe una suerte de compensación entre el gasto y el impuesto causado, cuando se tratan de jurisdicciones territoriales diferentes (en torno al contribuyente y su parte relacionada). Por lógica dicha compensación resultaría más que evidente al tratarse de una misma jurisdicción territorial, pues para el prestatario sería un gasto deducible y para el prestamista un ingreso gravado, en estas circunstancias, el efecto tributario analizado desde el punto de vista fiscal, resulta en una compensación, ya que, al ser la misma tasa porcentual de impuesto la que se deduce y la que se grava, en prima facie el efecto se anula, aun al tratarse de dos sujetos pasivos independientes. Circunstancia diferente acontece en el caso de los créditos externos, en donde, el prestatario obtiene una deducibilidad más amplia que el ingreso generado en otra jurisdicción, para entender este concepto, utilicemos el siguiente ejemplo: La compañía “Antares”, residente en nuestro territorio, realiza un préstamo al banco “Financiero” residente en un paraíso fiscal, en el supuesto de que los intereses se han considerado como deducibles en nuestro territorio, la compañía dejará de pagar el 22% de impuesto a la renta sobre el valor del gasto interés (y gastos operacionales), mientras que el banco pagará en el lugar de su residencia un impuesto a la renta del 12%, con lo que se configura una desigualdad impositiva por el mismo préstamo, por lo tanto, como se refleja en este ejemplo básico, en el primer supuesto (gasto interés), no reviste doble imposición; y, en el segundo supuesto, podría existir una ventaja tributaria al pagar menos impuesto a la renta por el ingreso.

Circunstancia diferente acontece con los dividendos, tal como lo señalamos anteriormente, si consideramos que el interés pagado por un préstamo vinculado es considerado como un anticipo de dividendos (no como un gasto interés deducible), este pagaría (dependiendo de las circunstancias tributarias de cada legislación) un impuesto a la

renta en el país donde se encuentra la compañía, como un ingreso gravado, y de igual manera pagaría como ingreso en el país donde se encuentra la prestamista, es decir, tal como lo señaló el autor, existiría la doble imposición internacional. Por lo tanto, estas alteraciones en el tratamiento tributario, son las que llevan a que en un grupo corporativo opte por la figura del préstamo, y no por la figura de la capitalización, este aspecto particular, lo abordaré más adelante al tratar sobre el análisis de los recursos ajenos versus los recursos propios.

Capítulo 2

2. Naturaleza jurídica de la subcapitalización.

El establecer la naturaleza jurídica del tema en estudio, implica determinar los supuestos normativos que regulan a la subcapitalización, y por ende, las normas de derecho que sustentan a los elementos que la configuran. Por lo que se vuelve necesario el conocer los antecedentes normativos que envuelven a la infracapitalización.

El derecho, como parte de las ciencias sociales y en particular el Derecho Tributario, ha ido evolucionando acorde al ordenamiento social, es así como a través de las reformas de orden tributario, de a poco se han ido incorporando conceptos de fiscalidad internacional, como lo son los inherentes a los precios de transferencia, y posteriormente el control sobre los efectos de la infracapitalización. Es adecuado señalar que el cambio fundamental en la norma tributaria, se concibe con la expedición de la “Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria”, bajo el eje normativo que conforman los principios del artículo 300 de la Constitución y las metas del Plan Nacional de Buen Vivir⁷⁴, que obedecen a una política económica y social con un énfasis en la equidad, la progresividad fiscal y la redistribución de la riqueza⁷⁵. Sin embargo, realizaré una apreciación sucinta de la evolución de los temas atinentes a este estudio, pues lo que en realidad interesa a mi tema es lo que la norma contempla en la actualidad.

En lo que respecta a los precios de transferencia, vale la pena señalar que mediante el Decreto Ejecutivo No. 2430, publicado en Registro Oficial Suplemento No. 494 de 31 de Diciembre del 2004, se realizaron modificaciones al Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno, las mismas que incluían entre otras: el reemplazo de la disposición que definía a las partes relacionadas; y, se incorporaban, tanto el artículo 66-1, en el que se estableció como una obligación de los sujetos pasivos del impuesto a la renta,

⁷⁴ El Plan Nacional de Desarrollo 2007–2010 se origina en el proyecto político de cambio que planteó la Revolución Ciudadana. Este documento se convierte en la hoja de ruta que termina con la improvisación y la visión cortoplacista que ha imperado en las políticas públicas. Contempla cinco revoluciones: la revolución constitucional y democrática; la revolución ética; la revolución económica y productiva; la revolución social y, la revolución por la dignidad, ver en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional#tabs2>

⁷⁵ Carlos Marx Carrasco Vicuña y Ximena Amoroso Iñiguez, Coordinadores, *Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir*, (Quito, Centro de Estudio Fiscales, 2012), 291.

que realizan operaciones con partes relacionadas, el presentar el anexo de precios de transferencia; además se establecía un control respecto de la subcapitalización, pues debemos recordar que en los precios de transferencia se consideran, tanto la adquisición de bienes como la de servicios; y, en el mismo sentido relativo a los precios de transferencia se anexaron los conceptos de: el principio de plena competencia, los criterios de comparabilidad, así como los métodos para aplicar el principio de plena competencia. Cabe señalar que estos aspectos normativos, cuyo principal eje es el denominado principio de plena competencia, adquieren gran importancia al tema de estudio, pues, bajo ciertos antecedentes fácticos será necesario demostrar que el crédito obtenido por parte del sujeto pasivo, cumple al menos con el principio de plena competencia y con los criterios de comparabilidad. Consideramos entonces que éstos han sido los inicios sobre el control en lo que respecta a nuestro tema en estudio.

Tal como lo he venido señalando a lo largo de este trabajo, la consecuencia de un crédito es el pago de los intereses por el uso del dinero en el tiempo, y es en este sentido que el numeral 3 del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno⁷⁶, consideraba como gastos deducibles a, los intereses y comisiones sobre créditos externos debidamente autorizados y registrados por el Banco Central, para determinar la base imponible del impuesto la renta, cabe recalcar que se liberaba de retención en la fuente a esos pagos.

No es sino hasta el año de 1999, en que mediante la Ley de Reforma para las Finanzas Públicas⁷⁷, su artículo 23, reformó el numeral tercero del artículo 13 de la Ley de

⁷⁶ Ley de Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial No. 341 de 22 de diciembre de 1989. Art. 13.-PAGOS AL EXTERIOR.

Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para c* beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador.

Serán deducibles, y no estarán sujetos al impuesto a la renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente, los siguientes pagos al exterior:

I.- Los pagos por concepto de importaciones;

2 - Los intereses y comisiones por financiamiento de proveedor externo, en las cuantías que figuren en el permiso de importación respectivo;

3.- Los intereses y comisiones sobre créditos externos debidamente autorizados y registrados por el Banco Central.

⁷⁷ Ley 91-24 Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999. Art. 23. Sustitúyanse los numerales 2, 3 y 4 del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por los siguientes:

"2. Los intereses y costos financieros por financiamiento de proveedores externos en las cuantías que figuren en el permiso de importación respectivo o en los documentos que respalden la importación, siempre que no

Régimen Tributario Interno, determinándose que se considerarán deducibles, los intereses de créditos externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales, agregando además que, si los intereses excedían de las tasas máximas fijadas, se deberá efectuar la retención en la fuente sobre dicho excedente.

Posteriormente, este numeral tercero del artículo 13, sería sustituido mediante el artículo 76 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador⁷⁸, cuya reforma establecía que serán deducibles los gastos por los intereses de créditos externos, exclusivamente pagados por créditos de gobierno a gobierno o concedidos por organismos multilaterales, registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas a la fecha del registro del crédito o su novación; manteniendo el hecho de que si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas, se deberá efectuar la retención en la fuente correspondiente sobre dicho excedente pagado en exceso; e incluía el que la falta de registro del crédito, determinará que no se puedan deducir los costos financieros asociados. Esta norma en la actualidad, se ha mantenido en su esencia, tal como lo veremos al revisar el aspecto jurídico del gasto interés.

excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central de Ecuador a la fecha de la aprobación del documento de importación. Si los intereses y costos financieros exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible".

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

⁷⁸ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de Diciembre de 2007.

Art. 76.- Sustitúyase el numeral 3 del Art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno, por el siguiente:

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

2.1 La sociedad.

Habr  empresa para el Derecho cuando la actividad que le es específica, se involucre en situaciones de toda índole de las que resulten derechos y obligaciones recíprocos respecto a personas o cosas. El Derecho no concibe una empresa que no tenga por finalidad específica la obtención de un lucro, de un resultado económicamente mensurable. Cualquier emprendimiento que no revele esta finalidad esencial, se considera “civil”. La empresa tiene necesariamente en su contenido: la persona de los empresarios, un patrimonio que es afectado específicamente a una “explotación” (de cualquier clase que sea), lícita y admitida, no sólo por la ley sino también por la moral y las buenas costumbres, y una estructura formal con la cual se muestra a la colectividad como que es ciertamente una empresa. En cuanto a estas formas, van desde la meramente individual hasta las sociedades de personas o empresas. El desenvolvimiento, el desarrollo sin contar con la creación misma (en caso de sociedades) es legislado por el Estado en forma más o menos minuciosa, según sea la ideología política que predomine. Desde la más amplia y liberal supervisión hasta el ce nimiento estricto a pautas a las que obliga el Estado cumplir para admitir la empresa, corre toda una indefinida gama de posibilidades. Lo cierto es que cualquiera sea la ideología del gobierno de un Estado, éste considera a la empresa en forma primordial, fundamentalmente porque la estima como el más importante engranaje empeñado en constituir la economía de la Naci n⁷⁹.

La afirmación realizada por el actor citado, respecto de que cualquier emprendimiento que no revele esta finalidad esencial, se considera civil, no tiene otro contexto que el separar las sociedades de naturaleza mercantil, y aquellas que se consideran realizadas al amparo de un contrato civil, sin embargo, es pertinente dejar en claro que bajo el amparo de la normativa ecuatoriana, y de manera general una sociedad civil, pueden mantener como parte de su objeto social un emprendimiento comercial, por tanto, en nuestro caso en particular, se entiende de la afirmación del autor que se refiere a aquellas sociedades reguladas por la superintendencia de bancos y seguros; de aquellas no reguladas por estos entes de control, como justamente son las sociedades civiles de comercio (S.C.C.), que actualmente pueden ser constituidas en una notari , sin mayores requisitos

⁷⁹ Jorge Oswaldo Pérez, *Manual de Derecho y de la Empresa*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012), 349, 350.

para ello, y que generalmente son creadas, justamente por no estar regidas por el organismo de control, desde luego siempre se deberá observar su objeto social, pues existen limitaciones para cierto tipo de sociedades, que por su naturaleza necesariamente deben ser sometidas a un régimen de control estatal.

Tal como lo expuse al inicio de este trabajo, en esta investigación estrictamente me estoy refiriendo a las sociedades de capital; en este contexto, partimos de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna, a través de los cuales las personas naturales están facultadas para: asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria; el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva; así como a la libertad de contratación; a la libertad de trabajo⁸⁰, entre otros, derechos mediante los cuales podemos incursionar en las diferentes actividades económicas a través de una sociedad. Desde el punto de vista contractual, debemos considerar que, sociedad o compañía es un contrato en el que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan⁸¹; lo que nos conlleva a determinar que este emprendimiento que nace de la voluntad de las partes, tiene como fin el obtener beneficios que se distribuirán entre aquellos que suscribieron dicho contrato social, y en la misma línea, el contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades⁸². Al vincular estos aspectos normativos, como las obligaciones inherentes a los socios, que fueron analizadas al tratar el tema sobre las obligaciones de los socios o accionistas, vemos que es necesario identificar, cuál es el origen de dicha capitalización cuyos fines son de carácter netamente económicos.

Aquel que decide asociarse en procura de un beneficio común, debe erogar un valor o especie inicial, valor este que dependiendo del tipo de sociedad o razón social, tendrá sus límites inferiores para constituir un aporte inicial⁸³, característica común en la constitución

⁸⁰ Art. 66, Constitución de la República del Ecuador 2008, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

⁸¹ Art. 1957, Código Civil Ecuatoriano (Libro IV), Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

⁸² Art. 1, Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial 312 del 5 de noviembre de 1999.

⁸³ Resolución de la Superintendencia de compañías 99.1.1.13.008, publicada en el Registro Oficial 278 del 16 de septiembre de 1999, establecía entre otros como capitales mínimos: a) Para las compañías de responsabilidad limitada en valor de DIEZ MILLONES DE SUCRES; y, b) Para las compañías anónimas VEINTE MILLONES DE SUCRES. Mediante Registro Oficial del 534 del 13 de marzo de 2000, determinó

de empresas o sociedades, este aporte, que se declara inicialmente para la conformación de una empresa o compañía y que figura en la escritura de constitución, para los fines de suscripción y pago de las aportaciones de los socios o para la emisión de acciones en las sociedades de capital⁸⁴, se lo conoce como aporte patrimonial, pues, es el registro contable inicial que deben realizar las nuevas sociedades, el valor en cuestión ingresa contablemente al débito de una cuenta de "bancos", debido a que por requerimiento de la Superintendencia de Compañías el depósito inicial del aporte social pagado debe ingresar a una cuenta bancaria de la sociedad constituida; y cuya contrapartida, en el mismo sentido contable, es la de integración del patrimonio. Es así que este aporte se constituye en la primera forma de capitalizar una sociedad⁸⁵.

Se debe aclarar que el aporte inicial al que hago referencia es aquel realizado en especie monetaria (dinero), pues, aunque el registro contable cuando se trata de aportes en especie, conlleva la misma esencia (desde luego sin la intervención del sistema financiero nacional), se debe estimar lo que establece la norma en caso de aportaciones de esta naturaleza⁸⁶; dado que siempre existirá una cuenta de activo, y como contrapartida una cuenta de patrimonio.

El legislador regula con gran amplitud la posibilidad de efectuar aportes al fondo social. Se trata de procurar que la sociedad pueda beneficiarse de cualquiera de los bienes susceptibles de ser valorados económicamente. De ahí que no solo quepan las aportaciones apenas dineradas, sino que se posibilite también la contribución hecha con base en aportes en especie o en industria. Inclusive, puede afirmarse la posibilidad de realizar aportaciones de no hacer, siempre que su configuración no riña con las normas relacionadas con la

que el valor expresado en SUCRES, se cuantifique en Dólares de los Estados Unidos de Norte América (Cotización de 25.000 sucres por Cada Dólar), por lo que le monto de capital se determinó en: U.S.D. \$ 400,00; y, \$ 800,00, respectivamente a cada tipo de sociedad.

⁸⁴ José Orozco Cadena, Contabilidad General, (Quito, Emanuel Editores, 1997), 442

⁸⁵ Ley de Compañías, Art. 102.- El capital de la compañía estará formado por las aportaciones de los socios y no será inferior al monto fijado por el Superintendente de Compañías. Estará dividido en participaciones expresadas en la forma que señale el Superintendente de Compañías.

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

⁸⁶ Art. 2 de la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial 312 del 5 de noviembre de 1999.

promoción de la competencia (en donde la obligación de no competir podría tener objeto ilícito). La viabilidad de estas últimas surge de manera inequívoca de la posibilidad de cuantificar económicamente la inacción del asociado. Y aunque el avalúo de las obligaciones de esta clase pueda constituir un ejercicio complejo, es claro que la inactividad de algún asociado respecto de actuaciones que sean de interés para la sociedad, podrían ser susceptibles de ser cuantificadas y de tener un impacto pecuniario para esta. Los beneficios que la sociedad podría obtener en una tal hipótesis, podrían ser de muy variada índole. Así, por ejemplo, puede pensarse en que un asociado deje de ejercer cierto derecho, como podría ocurrir respecto de una concesión que se le ha otorgado, una franquicia o cualquier otra ventaja a la cual renuncia en aras de permitir que la sociedad la explote o realice, a cambio de una retribución representada en participaciones en el capital de la compañía⁸⁷. De aquí que el asiento contable variará, acorde al tipo de aportación proporcionada por los socios, es decir, como ejemplo: si un socio aporta un bien inmueble, este bien luego de ser valorado, será registrado contablemente con una cuenta de crédito a “edificios”, cuya contrapartida seguirá siendo la de aporte patrimonial o capital.

Es indudable entonces que en la constitución de una sociedad, necesariamente debe existir un aporte inicial, que se le conoce como capital suscrito, el mismo que a su vez puede subdividirse en: a) capital suscrito pagado; y, b) capital suscrito por pagar. Se debe advertir que este capital forma parte de las aportaciones per se, y estas a su vez forman parte del patrimonio social. Debemos recordar que el Estado de situación financiera de un ente social, se encuentra constituido por: las cuentas de activo; las cuentas de pasivo; y, las cuentas de patrimonio. Y estas últimas constituyen el conjunto de derechos económicos de los accionistas, que incluye sus aportaciones, reservas y utilidades no distribuidas.

Entonces, mientras el capital es una categoría esencialmente jurídica y estable, el patrimonio, por el contrario, corresponde a una idea económica y dinámica. Es decir, el capital está al margen de toda evolución patrimonial pues, como ya se ha visto, su valor nominal permanece inalterable pese a las cambiantes circunstancias económicas de la compañía; en cambio, la esencia del patrimonio reside en la idea opuesta, porque su valor

⁸⁷ Francisco Reyes Villamizar, *Derechos Societarios, Tomo I*, segunda edición, (Bogotá Editorial Temis, 2006), 278.

casi nunca es igual en dos momentos (períodos) diferentes de la vida social, por equivaler al resultante económico exacto de los éxitos o fracasos de la compañía. Además ya se ha visto como el capital es un factor básico que por regla general, de la medida de las obligaciones y los derechos de los socios, de sus riesgos y beneficios, aparte de que, desde otros puntos de vista, constituye un dato de indispensable referencia; por el contrario, el patrimonio no tiene sino una consecuencia jurídica importante: la disolución de ciertos tipos de compañías cuando ha disminuido de manera considerable; en lo demás son conceptos que su valor son legalmente intrascendentes. Pero en el plano económico las cosas son muy distintas, pues aquí es el patrimonio el que desplaza al capital por ser el único factor real que permite apreciar la situación de la compañía y su capacidad de pago así como el sentido de su evolución y las virtudes o defectos de la gestión de sus directores, todo ello con referencia a un momento dado⁸⁸. Lo que implica que, al tratarse sobre el tema de la subcapitalización, adquiere vital importancia el tema patrimonial, pues como lo he mencionado en varias ocasiones, la norma que regula el tema de estudio, se encasilla en los límites patrimoniales sobre los créditos externos, e incluso va más allá, dado que a través del patrimonio también es posible, ante una simple revisión de los estados financieros, apreciar la situación real de la compañía y de su capacidad de pago; de aquí que es importante conocer cómo está configurado dicho patrimonio, y cómo es que este se incrementa o disminuye.

Una vez que ha sido constituida una compañía, existen otras formas de capitalización como lo son: la suscripción de acciones, el aumento de capital, la conversión de reservas, conocida como provisión de capital en base a las utilidades de la empresa en un período determinado, sea estatutaria o reglamentaria, y la revalorización de aportaciones o superávit, las mismas que en cada caso se verán sometidas a la normativa pertinente, acorde a cada tipo de compañía; siendo por tanto estas las formas de capitalizar a una compañía. Es indudable que el hecho de constituir una sociedad o compañía, conlleva implícita la obligación de los socios de aportar el capital necesario para su operación y cumplimiento del objeto social, caso contrario, no se explicaría como es que un ente generó operaciones y es ahí en donde, como hemos podido apreciar, se debe recurrir al financiamiento para lograr

⁸⁸ Enrique Gaviria Gutiérrez, *Las sociedades en el nuevo Código de Comercio*, (Bogotá, editorial Temis, 1985), 220, 221.

el capital operativo necesario. En este supuesto, es pertinente establecer la importancia del contrato de préstamo o de mutuo.

Como colofón, se debe tener claro el hecho de que el patrimonio, más allá del aporte de capital, varía en torno a los resultados del ejercicio económico, esto es, si la sociedad ha logrado obtener una determinada utilidad, el patrimonio se incrementará, y esto se verá reflejado en la cuenta de utilidad del ejercicio (cuenta patrimonial); y, en caso contrario, si la empresa ha tenido pérdidas económicas en el ejercicio impositivo, el patrimonio disminuirá, ya que la cuenta patrimonial será de signo negativo (débito), lo que provoca una disminución del patrimonio. Además, en cualquiera de las dos circunstancias, dependiendo de la decisión adoptada por los socios mediante junta, volverá a variar el patrimonio, pues, en el supuesto de que hubiese utilidades, estas podrán ser repartidas a los socios o accionistas, o disponerlas para la constitución de nuevas reservas, lo cual provoca la variación de la cuenta patrimonial; en sentido contrario, es decir, que los socios o accionistas decidan reinvertir dichas utilidades, también habrá un efecto en la cuenta patrimonial, ya que los fondos que no fueron distribuidos, deberán reclasificarse contablemente para poder utilizarse como un financiamiento directo. En la misma línea de análisis, si la empresa ha obtenido una pérdida en el ejercicio impositivo, esta puede ser compensada mediante nuevos aportes de los socios, o el uso de mecanismos de financiamiento indirecto; como se puede advertir, la cuenta patrimonial es una cuenta económicamente variable, la misma que al estar directamente vinculada a la norma tributaria que regula la subcapitalización, adquiere vital importancia en el tema de estudio.

2.2 El contrato de mutuo.

El Código Civil Ecuatoriano nos establece que mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad⁸⁹, y más adelante nos señala que, si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo, y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo

⁸⁹ Art. 2099, Código Civil Ecuatoriano (Libro IV), Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005

que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago⁹⁰. De esto se colige que el préstamo de mutuo incluye el dinero, sin embargo se debe tener en cuenta que cuando se entrega algo diferente al dinero, como las mercancías, éstas no necesariamente deben ser restituidas como tales, sino que puede ser restituido su equivalente en dinero en un tiempo determinado. Frente a estas circunstancias se puede considerar que estamos frente a dos variaciones del mutuo, una de ámbito civil y otra de ámbito mercantil, el autor Jorge Gómez Moreno a este respecto considera:

La moderna concepción de la esencia y naturaleza intrínseca y jurídica del préstamo del dinero a título de mutuo comercial, es distinta a su arcaica y original concepción civil. Hoy entraña dicho contrato una operación de asociación de tal a una determinada actividad comercial empresarial. Sin que se requiera ser comerciante puede hoy una persona tomar parte o asociarse a una determinada y lucrativa actividad comercial empresarial de diversas maneras: o adquiriendo y suscribiendo acciones en sociedades de capital, o aportando capital y tomando parte directa o indirecta en la dirección y administración de la compañía, todo lo cual implica una directa participación en el patrimonio económico de la empresa o compañía, o tomando y suscribiendo títulos -valores emitidos por la empresa o sociedad, o prestando, o aportando o suministrando capital en préstamo o a título de mutuo comercial; en el primer evento se entra participar en la creciente valoración del patrimonio de la empresa o compañía y a obtener un beneficio o utilidad proporcional al capital o interés social vinculado o asociado; y en el segundo evento se puede obtener como retribución una determinada participación razonablemente equitativa y proporcional al rendimiento de la actividad comercial empresarial a la cual se vincule o asocie el capital prestado o mutuado o un determinado porcentaje o tasa de interés igualmente proporcional⁹¹.

Esta concepción esgrimida por el autor, resulta de vital importancia en el tema de la subcapitalización, ya que, como lo mencionamos al hablar del financiamiento, bajo determinadas circunstancias el crédito otorgado por proveedores, especialmente aquellos vinculados a la sociedad, puede entenderse como un mutuo de ámbito civil, y por tanto someterse normativamente a las reglas de la subcapitalización, pues en sí, dicho crédito constituiría una forma de financiamiento encubierta, en el cual el aporte puede darse de dos maneras, la primera a través de la entrega de mercancías para el funcionamiento, operación y cumplimiento del objeto social, y la segunda a través del crédito directamente, pues el

⁹⁰ Art. 2101, Código Civil Ecuatoriano (Libro IV), Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005

⁹¹ Jorge Gómez Moreno, *El Préstamo de Dinero a Intereses a Título de Mutuo Comercial*, (Bogotá, Editorial Jorge Plazas S., 1976), 19.

hecho de no cancelar una obligación, le permite a la empresa utilizar dichos recursos en la adquisición de otros bienes y servicios, justamente para cumplir con su objeto social.

En lo que respecta al mutuo mercantil, tácitamente nos estamos refiriendo a un crédito otorgado por una institución dedicada a la actividad financiera, en donde a diferencia del mutuo civil, no se espera recibir por dicho contrato una parte de la utilidad generada por el préstamo, sino un interés sobre el valor entregado a manera de préstamo, aunque se debe advertir que esto no necesariamente se cumple, pues dependerá de muchos factores de interés económico y hasta de alianza estratégica, sin embargo, tal como lo considera el autor anteriormente citado al manifestar que, en el primer supuesto, se entra a participar en la valorización o acrecimiento económico del patrimonio de la empresa y en el segundo, simplemente se vincula, se aporta o se asocia el capital en forma temporal sin que dicho aporte, vinculación o asociación implique participación alguna en el patrimonio constantemente valorizable de la empresa⁹².

En el mismo orden de ideas, nos vemos involucrados en lo que trae aparejado el financiamiento, pues, el incremento del endeudamiento origina la deducción o no de los intereses, afectando al balance impositivo, por tanto, al contrastar este aspecto económico con lo que se establece en el Código Civil, cuyo artículo 2108 determina que se puede estipular interés en dinero y cosas fungibles (como las mercancías), y a renglón seguido en el artículo 2109 señala, el interés convencional, civil o mercantil, no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley⁹³; como consecuencia de esto, se entiende entonces que la deducibilidad de dichos intereses en el ámbito tributario, al ser lícitos en el ámbito civil o mercantil, son teóricamente deducibles, sin embargo, aun cuando estos sean lícitos, en el ámbito tributario éstos deben someterse a la verificación en torno al presupuesto que para cada caso determina la norma tributaria, es decir, los intereses pueden ser lícitos, pero no necesariamente son gastos deducibles para determinar la base imponible del impuesto a la renta, como ocurre en la subcapitalización. Lo que nos lleva a preguntarnos, cual es la naturaleza del gasto interés.

⁹² *Ibídem.*

⁹³ Código Civil Ecuatoriano (Libro IV), Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

2.3 El gasto interés.

Para entender en forma clara cuál es el origen y regulación que recae sobre el interés, debemos inmiscuirnos en lo que representa la operación financiera per se, haciendo alusión a un préstamo bajo ciertas características o matices, que fija su régimen jurídico determinado por su propia tipicidad, ya que en términos mercantiles hablamos de un auténtico préstamo, en donde se deben diferenciar entre créditos participativos y las cuentas en participación. Al respecto, Manuel Broseta considera que:

Un préstamo puede ser participativo cuando es pactado a un interés fijo y además esa participación da beneficios. Sin embargo, el crédito participativo puede surgir cuando un acreedor, que lo es de su deudor por cualquier otra causa que no sea un crédito participativo, convierte, de acuerdo con su deudor, su crédito en una relación que permite al acreedor participar en los beneficios del deudor, normalmente a cambio de aplazar en el tiempo el cobro de su crédito que era inmediatamente exigible⁹⁴.

Como podemos observar el préstamo se convierte en participativo cuando a más de los intereses pactados por el préstamo, el acreedor participa de los beneficios obtenidos por la empresa (utilidad), esto generalmente se lo realiza al fijar una tasa de interés para la amortización del crédito, y una tasa variable adicional, en función del rendimiento de la sociedad. Entonces, cuando una parte relacionada proporciona fondos a manera de préstamo, nos encontramos en la figura de un préstamo participativo, pues, las partes relacionadas a más de recibir un interés por el crédito otorgado, recibirán al final del período los correspondientes dividendos, es decir, se beneficia doblemente por el préstamo concedido, y si bien en este caso no se ha pactado una tasa de interés para el rendimiento logrado por la empresa, esta tasa queda en segundo plano, ante la distribución de dividendos; sin embargo se debe observar, que en el caso de que la empresa no obtenga un rendimiento o utilidad, el socio o relacionado financista, en este caso ha recibido un valor fijo por los intereses devengados del crédito, empero no es partícipe del riesgo de la operación.

En cambio cuando hablamos de las cuentas en participación, nos remitimos a lo que establece la ley de compañías al exponer que, la asociación en participación es aquella en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de

⁹⁴ Manuel Broseta Pont, *Régimen de los préstamos participativos*, (Madrid, Ob, 1992), 250.

una o más operaciones o de todo su comercio⁹⁵. Bajo este supuesto normativo, nos vemos frente a la necesidad de determinar si existe o no participación en las pérdidas ya que en este tipo de cuentas, si no hubiese ganancias en la cuenta partícipe, no se puede reclamar retribución por su aportación, por lo que tiene sólo derecho a una cuota de liquidación y sin poder reclamar nada por la pérdida del patrimonio. Se diferencia así del préstamo participativo en el cual el prestamista podrá reclamar la devolución de la cantidad prestada con sus intereses, en caso de haberse pactado. Entonces tributariamente esta diferenciación entre cuentas de participación está dada para determinar la naturaleza jurídica de los rendimientos que se generan en esta figura, tratando de establecer si dentro de los rendimientos de capital y sus correspondientes intereses que genera el contrato o préstamo, nos encontramos ante rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo, o ante rendimientos obtenidos por cesión de terceros.

Como se ha podido apreciar el tema de la infracapitalización adquiere importancia en el aspecto tributario cuando se circunscribe a la regulación de los intereses pagados comúnmente sobre préstamos externos que la administración tributaria considera que provienen de partes relacionadas, pues dependiendo de esta circunstancia y dentro de los límites que establece la normativa, podrán considerarse a dichos intereses como un gasto deducible o no deducible del impuesto a la renta. La evolución normativa respecto a este interés, fue revisada al inicio de este capítulo.

Sin embargo, esta circunstancia que por sí misma, es el eje central del tema de estudio, nos obliga a observar que con la expedición de La Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador (Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre de 2007), se introdujo una reforma cuya naturaleza constituye un verdadero control en la materia de subcapitalización, entre cuyos aspectos relevantes podemos citar su artículo 67 que disponía:

Art. 67.- El numeral 2 del Art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno dirá:

2.- Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los

⁹⁵ Art. 463 de la Ley de Compañías, publicadas en el Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999.

intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador. [...]

Para que los intereses pagados por créditos externos sean deducibles, el monto del crédito externo no deberá ser mayor al 300% de la relación deuda externa respecto al capital social pagado, tratándose de sociedades; o, tratándose de personas naturales, no deberá ser mayor al 60% de la relación deuda externa respecto a los activos totales.

Para los efectos de esta deducción el registro en el Banco Central del Ecuador constituye el del crédito mismo y el de los correspondientes pagos al exterior, hasta su total cancelación"⁹⁶ (El subrayado me pertenece).

Se debe advertir que esta regulación normativa hacía referencia a la relación (índice) entre la deuda externa (crédito comercial y crédito mercantil), respecto del “capital pagado”; lo cual limitaba significativamente la posibilidad de un endeudamiento externo, pues como hemos podido observar el capital pagado, dado el escaso requerimiento de capital inicial según la Ley de Compañías, era un monto mínimo. Para graficar esto consideremos el siguiente ejemplo en una compañía de responsabilidad limitada, cuyo capital por normativa se establecía en \$ 400, y asumiendo que fue pagado completamente, el monto de la deuda externa no podía superar más allá del 300% de dicho valor, esto es, \$ 1.200; desde luego desde una perspectiva no interpretativa de la norma, pues en su momento quizá debió confundirse el término “capital pagado”, como una aproximación o símil del “patrimonio”, lo cual como hemos podido advertir son dos aspectos jurídicos y económicos completamente diferentes. Además, se eliminó del artículo 13 la referencia a los créditos externos, por lo que los intereses a dichos créditos contemplaban únicamente a los pagados entre gobiernos o concedidos por organismos multilaterales y siempre que cumplan los requisitos legales, por lo que los intereses no contemplados en esta reforma debían someterse a la retención en la fuente del impuesto a la renta.

Puede entenderse entonces que a partir de esta reforma, que entró en vigencia el 1 enero del año 2008, se implantó la norma para prevenir las consecuencias de la subcapitalización nominal, así como se establecieron otros aspectos relativos al tema, como

⁹⁶ Art. 67 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 242 de 29 de Diciembre de 2007.

son: la definición de lo que se considera una parte relacionada; la aplicación del sistema de precios de transferencia; el principio de plena competencia; y, los criterios de comparabilidad, entre otros.

Por la reforma introducida mediante Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015, se modificó el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno⁹⁷, de cuyo contenido se contempla claramente que regula: en primer lugar, a “Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio”, se entiende a los créditos de partes no vinculadas, cuyo límite de deducibilidad es la tasa de interés definida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera; y en segundo lugar, “los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas”. En lo que respecta a este segundo supuesto establecido en la norma tributaria, por los créditos vinculados que se encuentran determinados en el tercer inciso del artículo 10 referido, el cual determina que para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades, y que tratándose de personas

⁹⁷ Art. 10 numeral 2 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Numeral 2 reformado por Disposición Reformatoria Segunda, numeral 4 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015:

2.-Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de la tasa que sea definida mediante Resolución por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador.

Serán deducibles los costos o gastos derivados de contratos de arrendamiento mercantil o leasing, de acuerdo a la técnica contable pertinente. No serán deducibles los costos o gastos por contratos de arrendamiento mercantil o Leasing cuando la transacción tenga lugar sobre bienes que hayan sido de propiedad del mismo sujeto pasivo, de partes relacionadas con él o de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; ni tampoco cuando el plazo del contrato sea inferior al plazo de vida útil estimada del bien, conforme su naturaleza salvo en el caso de que siendo inferior, el precio de la opción de compra sea mayor o igual al saldo del precio equivalente al de la vida útil restante; ni cuando las cuotas de arrendamiento no sean iguales entre sí.

Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales.

Los intereses pagados respecto del exceso de las relaciones indicadas, no serán deducibles.

Para los efectos de esta deducción el registro en el Banco Central del Ecuador constituye el del crédito mismo y el de los correspondientes pagos al exterior, hasta su total cancelación.

naturales (obligadas a llevar contabilidad), el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales⁹⁸.

De lo expuesto se puede evidenciar que se ha mantenido la esencia de la norma a lo largo del tiempo, sin embargo, es pertinente observar que el límite de endeudamiento por créditos externos se da en torno al “patrimonio”, entendiéndose que las “Cuentas de Patrimonio: Son el conjunto de los derechos económicos de los accionistas, lo que incluye sus aportaciones, reservas y utilidades no distribuidas”⁹⁹; a diferencia del concepto de “capital” (parte de las aportaciones), con el que se regulaba anteriormente.

Ahora bien, en lo que respecta a la regulación normativa establecida en el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en el primer caso, sobre intereses por deudas del giro del negocio, no se diferencia en la norma si se trata de una fuente de financiamiento interno o externo; en tanto que en el segundo caso, si se hace la distinción a créditos externos de partes relacionadas, e incluso se establece que éste puede ser directo o indirecto; recordemos que: el financiamiento interno proviene de la misma sociedad, no necesariamente de sus accionistas; el financiamiento externo, se refiere a terceros, que pueden o no ser vinculados; por ello al referirnos a este tipo de financiamiento podemos encontrar, el endeudamiento directo, que es aquel que proviene de una parte vinculada; y el endeudamiento indirecto, que es aquel que proviene de una parte no vinculada. Se entiende de este segundo caso, que la norma distingue a los créditos externos otorgados directa o indirectamente, debido a que como ya lo señalé anteriormente, los créditos externos indirectos, en ciertas circunstancias como es el caso de los créditos pignoratícios, podrían eventualmente ser directos y no indirectos como pretendería el sujeto pasivo.

En lo que respecta a los pagos al exterior, en los cuales se incluirían los pagos realizados por créditos externos, estos se ven regulados por el numeral 3 (sustituido) del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno¹⁰⁰, norma que prevé que dichos pagos

⁹⁸ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, Numeral 2 reformado por Disposición Reformatoria Segunda, numeral 4 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015.

⁹⁹ Luis Aguirre Gómez y Fernando Romero Morán, *Manual de Financiamiento para Empresas*, segunda edición, (Guayaquil, ediciones Holguín, 2016), 15.

¹⁰⁰ Ley de Régimen Tributario Interno, art. 13.- 3.- Los pagos originados en financiamiento externo a instituciones financieras del exterior, legalmente establecidas como tales, o entidades no financieras especializadas calificadas por los entes de control correspondientes en el Ecuador; así como los intereses de

originados en financiamiento externo a instituciones financieras del exterior, o entidades no financieras especializadas calificadas; así como los intereses de créditos externos conferidos de gobierno a gobierno o por organismos multilaterales. En estos casos, los intereses no podrán exceder de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a la fecha del registro del crédito o su novación; y si de hecho las excedieren, para que dicha porción sea deducible, se deberá efectuar una retención en la fuente equivalente a la tarifa general de impuesto a la renta de sociedades. La norma además señala que, en los casos de intereses pagados al exterior no contemplados en el texto anterior, se deberá realizar una retención en la fuente equivalente a la tarifa general del impuesto a la renta de sociedades.

Del texto de las dos normas citadas, prima facie se entendería que el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, se refiere a créditos logrados en el territorio nacional; en tanto que el artículo 13 numeral 3 de la misma ley, se refiere estrictamente a créditos de instituciones financieras contratados en el exterior; entonces bajo estos supuestos, todo interés sobre un crédito comercial del exterior, o que no provenga de una institución financiera, no sería deducible, a menos que se realice la respectiva retención en la fuente del impuesto a la renta¹⁰¹. A manera de ejemplo se podría decir que si una empresa logra un financiamiento directo de su proveedor del exterior (materia prima o maquinaria), que genere intereses, estos deberían ser considerados como

créditos externos conferidos de gobierno a gobierno o por organismos multilaterales. En estos casos, los intereses no podrán exceder de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a la fecha del registro del crédito o su novación; y si de hecho las excedieren, para que dicha porción sea deducible, se deberá efectuar una retención en la fuente equivalente a la tarifa general de impuesto a la renta de sociedades sobre la misma.

En los casos de intereses pagados al exterior no contemplados en el inciso anterior, se deberá realizar una retención en la fuente equivalente a la tarifa general de impuesto a la renta de sociedades, cualquiera sea la residencia del financista.

La falta de registro de las operaciones de financiamiento externo, conforme a las disposiciones emitidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito.

Numeral 3 sustituido por Disposición Reformatoria Segunda, numeral 5 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015

¹⁰¹ Inciso segundo del art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno: En los casos de intereses pagados al exterior no contemplados en el inciso anterior, se deberá realizar una retención en la fuente equivalente a la tarifa general de impuesto a la renta de sociedades, cualquiera sea la residencia del financista. Numeral 3 sustituido por Disposición Reformatoria Segunda, numeral 5 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015; y, Numeral (II) del art. 30 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

no deducibles, o en su defecto realizar sobre ellos la retención en la fuente para poderlos considerar como deducibles, desde luego tomando en cuenta los límites de deducibilidad determinados en la misma norma.

En el mismo sentido, el Reglamento de Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, el numeral (II) del artículo 30 que regula la deducción de pagos al exterior, contempla una serie de requisitos para los créditos del exterior con partes relacionadas, que en lo general ratifican la porción de endeudamiento, y como aspecto fundamental determina que, se entenderá como endeudamiento externo, el total de deudas contraídas con personas naturales y personas jurídicas del exterior¹⁰², es decir, como ya lo señalé, se incluye como

¹⁰² Reglamento a la Ley de régimen Tributario Interno, Art. 39 numeral (II) “(II) Intereses por créditos del exterior.- Serán deducibles los intereses pagados por créditos del exterior, adquiridos para el giro del negocio, hasta la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador, siempre que estos y sus pagos se encuentren registrados en el Banco Central del Ecuador, y que cumplan las demás condiciones establecidas en la ley. Para créditos del exterior, con partes relacionadas, además se deberán cumplir las siguientes condiciones:

- Para las sociedades, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300%.
- Para las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y los activos totales no exceda del 60%.

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

- Para los consorcios de empresas petroleras que carecen de personalidad jurídica, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y la diferencia neta entre sus activos y pasivos consorciales no exceda del 300%. No se considerarán créditos externos los recibidos por los integrantes del consorcio, de sus casas matrices.

- Para las sociedades de hecho y demás sociedades que carecen de personalidad jurídica, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y la diferencia neta entre sus activos y pasivos no exceda del 300%.

- Para el caso de fideicomisos mercantiles, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y la sumatoria de los aportes efectuados por los constituyentes y adherentes no exceda del 300%.

En caso de que las relaciones de deuda, antes indicadas, excedan el límite establecido al momento del registro del crédito en el Banco Central, no será deducible la porción del gasto generado sobre el exceso de la relación correspondiente, sin perjuicio de la retención en la fuente de Impuesto a la Renta sobre el total de los intereses.

Los sujetos pasivos procederán a la correspondiente reliquidación del impuesto, sin perjuicio de la facultad determinadora de la Administración Tributaria cuando la relación de endeudamiento se modifique. Se entenderá como endeudamiento externo, el total de deudas contraídas con personas naturales y personas jurídicas del exterior.

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

parte del endeudamiento para el cálculo de la proporción respecto al patrimonio, no solo a los préstamos mercantiles o de instituciones financieras per se, sino a todo crédito otorgado a la sociedad, incluidos aquellos de naturaleza civil, entre los que se encontrarían, los mantenidos con los proveedores, por lo que dicha norma, limita significativamente la proporción de endeudamiento respecto del patrimonio, pues se sumaría para el cálculo de la proporción de endeudamiento, no solo al o los créditos por préstamos, sino también a aquellos créditos no financieros. Por la importancia que reviste el tema de estudio, es necesario realizar dos observaciones al respecto: 1.- Como señalé ut supra, en lo relativo a la proporción de deuda capital antes de la reforma del 2014, la norma preveía el límite de endeudamiento en función del capital, el cual constituía una parte de las aportaciones de los socios. En tanto que en la última modificación normativa, el límite hace referencia al patrimonio, entendiéndose a este como la diferencia entre el activo y el pasivo, pues en el patrimonio constan las aportaciones de los socios en las que se incluye al capital, así como: los resultados de ejercicios económicos, aportes para futuras capitalizaciones, reserva legal y estatutaria, etc. 2.- Al considerar la norma en su contexto esta determina que: “Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, **el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio**, tratándose de sociedades...” (El resaltado me pertenece); de lo que se infiere que, no se determina un límite por cada operación por sí misma, sino que, es el conjunto de estas operaciones de financiamiento, las establecen el límite determinado por el numeral segundo del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

En definitiva es incuestionable que mediante las reformas introducidas a la ley tributaria en diciembre de 2014, no se aprecia que exista restricción alguna en cuanto a los créditos entre partes vinculadas, la limitación es respecto a la deducibilidad de los intereses por su financiamiento, sea este vinculado o no, por lo que la norma es clara y establece los presupuestos mediante las cuales dicho gasto financiero es o no deducible. Se vuelve entonces importante analizar, porqué una sociedad recurre al financiamiento y no a la provisión de recursos propios.

Artículo reformado por Decreto Ejecutivo No. 539, publicado en Registro Oficial Suplemento 407 de 31 de Diciembre del 2014.

2.4 Recursos propios versus recursos ajenos.

Como un complemento al objeto de la financiación, es importante delinear el por qué se recurre a la figura del financiamiento y no a la de capitalización, pues es pertinente al tema de estudio dejar claro, que motiva a una u otra forma de inyectar recursos a la sociedad.

Una empresa puede elegir capital o deuda, o de manera general una combinación de los dos, para financiar sus actividades empresariales. Aunque la mezcla de financiamiento sea dictada por consideraciones comerciales, la deuda es preferible al capital desde el punto de vista fiscal. Normalmente, los pagos de interés son deducibles mientras que los dividendos no lo son. De ese modo, una compañía financiada con un préstamo tiene una ventaja fiscal sobre una compañía provista de capital. Además, los intereses pagados a un inversionista no residente están a menudo sujetos a una retención de impuestos más baja en el Estado de la fuente que un dividendo bajo un tratado. El uso de préstamos en vez de capital puede, por tanto, reducir la obligación tributaria¹⁰³. Sin embargo, se debe advertir que el uso excesivo del endeudamiento puede configurar el presupuesto de la subcapitalización.

En cuanto al socio relacionado, su capital comparte los beneficios del negocio pero también soporta los riesgos empresariales. La compañía no le debe al accionista el dinero y no puede repagar el capital invertido excepto si éste se reduce o la compañía se liquida. Como accionista, éste recibe el ingreso solamente cuando la compañía se lo distribuye. Tiene derecho a su porción de las utilidades distribuibles como dividendos sin límite alguno, pero solamente si la compañía genera utilidad. Puede perder todo el capital debido a pérdidas empresariales.

En lo que tiene que ver con un tercero prestamista, la deuda difiere del capital tanto en términos legales como económicos. El proveedor de la deuda no comparte los riesgos y las recompensas del negocio del deudor. El capital prestado es una obligación de la compañía y se repaga con intereses, sin importar cuantas utilidades se generen. El acreedor

¹⁰³ Roy Rohatgi, *Principios Básicos de la Tributación Internacional*, Primera edición, (Bogotá, Legis Editores S.A., 2008), 470.

puede esperar el repago regular de intereses fijos en fechas específicas y tiene el derecho al retorno de su capital al final del período de endeudamiento. La deuda puede ser sin garantía o garantizada con los activos de la compañía o con garantías del deudor o de terceros. Los derechos de los acreedores tienen prioridad sobre los de los accionistas respecto de los intereses y el repago de sus deudas¹⁰⁴.

Resulta incuestionable que la distinción realizada entre el capital aportado por los socios, y el uso de endeudamiento, conlleva a que para la toma de la decisión de inyectar capital, se deba considerar el factor del “riesgo” que el socio adquiere en dicha operación, a este riesgo se le conoce generalmente como el riesgo financiero.

El riesgo financiero es aquel adicional que se asigna a los tenedores de acciones comunes, luego de decidir financiarse mediante endeudamiento. En teoría existe cierto riesgo propio de las actividades de la empresa: es el riesgo de negocios, que se define como la incertidumbre de las proyecciones referentes al ingreso futuro de las operaciones. Si una empresa recurre al endeudamiento (apalancamiento financiero), continuará el riesgo de negocios en los tenedores de acciones comunes. Supongamos que 10 personas deciden fundar una empresa que fabrique unidades de disco. El proyecto entraña cierto riesgo de negocios. Si la compañía se capitaliza exclusivamente con capital y si cada inversionista compra 10% de las acciones, todos participan en el riesgo de negocios en la misma proporción. Pero si se capitaliza con 50% de deuda y con 50% de capital accionario: cinco de ellos aportan capital en forma de deuda y los cinco restantes, en forma de capital. En este caso los cinco últimos tendrán que asumir todo el riesgo de negocios; así que las acciones comunes tendrán el doble de riesgo que en el caso de que la compañía se hubiera financiado con sólo capital. Por tanto, el uso de deuda, o apalancamiento financiero, concentra el riesgo de negocios en los accionistas. Esta concentración se debe a que los que reciben un pago fijo de intereses no asumen ningún riesgo de negocios¹⁰⁵.

No se puede pasar por alto el hecho de que indudablemente y de forma general, el deudor está sujeto a las acciones legales como consecuencia de una moratoria en sus

¹⁰⁴ Roy Rohatgi, *Principios Básicos de la Tributación Internacional*, Primera edición, (Bogotá, Legis Editores S.A., 2008), 470, 471.

¹⁰⁵ Eugene F. Brigham y Joel F. Houston, *Fundamentos de Administración Financiera*, Décima Edición, (México, Thomson Editores S.A., 2005), 486.

obligaciones contraídas tales como el embargo y la retención de los bienes, circunstancias que pueden acontecer como consecuencia del retraso o tardanza en el cumplimiento de una obligación en una fecha determinada, misma que en el aspecto financiero abarca a la obligación que se produce cuando la institución que otorgue el crédito a través de la suscripción de un contrato de mutuo (como un acuerdo entre las partes). En esta operación, el deudor se obligó a devolver en un futuro el valor que se le concedió por concepto de capital, más los intereses que se hubieren pactado, que en caso de incumplimiento surge la concebida mora, que el sistema bancario local trata de evitar con la imposición legal del cobro de intereses, lo que se encuadra en lo establecido en Codificación de Regulaciones del Directorio del Banco Central del Ecuador en el artículo 1 del capítulo VI, libro 1, relacionado a la Política Monetaria y Crediticia, de las Tasas de Interés de Mora y Sanción por Desvío¹⁰⁶. Bajo esta regulación, se entiende que las operaciones activas son aquellas otorgadas por las instituciones financieras a sus clientes, y que se encuentran debidamente registradas en su contabilidad como una deuda a favor de dicha institución. Esto debido a que, el dinero prestado (capital), tiene un costo por el uso en el tiempo, por lo cual, las instituciones financieras, adicionalmente acuerdan con sus clientes los intereses corrientes que pueden establecerse mediante una tasa de interés fija o reajutable, que se encuentra establecida en la Codificación de Regulaciones del directorio del Banco Central del Ecuador, observándose que la tasa de interés corriente pactada no puede sobrepasar el máximo permitido por la regulación normativa.

¹⁰⁶ Art. 1 del capítulo VI, libro 1, de la Codificación de regulaciones del Banco Central del Ecuador. Capítulo sustituido por Reg. 047-2013 de 3 de septiembre de 2013: Las operaciones de crédito de las instituciones del sistema financiero nacional que incurran en mora, se liquidarán a la tasa de mora que corresponda, únicamente por el monto vencido del capital, sea en operaciones al vencimiento o en las que se amortizan por dividendos, y sólo desde la fecha de no pago hasta la fecha del día en que se efectúe el pago de la obligación. Esta tasa será la que resulte de aplicar un recargo de hasta el 10% (0.1 veces) a la tasa que se encuentre vigente para la operación al momento de ocurrir la mora, según el número de días que hayan transcurrido desde la fecha de vencimiento hasta el pago de la misma, en función de la siguiente tabla: DÍAS DE RETRASO HASTA EL DÍA DE PAGO RECARGO POR MOROSIDAD HASTA 0 0%, 1-15 5%, 16-30 7%, 31-60 9%,+60 10%
Tal recargo, más la tasa de interés que se encuentre vigente para la operación al momento de ocurrir la mora, constituirán la tasa de mora que se aplicará desde la fecha de vencimiento de la obligación hasta el día de pago, por cada cuota cuya fecha de vencimiento sea posterior a la fecha de vigencia de la presente Regulación. Artículo sustituido por Reg. 051-2013 de 29 de noviembre de 2013. La distribución del recargo por mora establecida en este último inciso del presente artículo, se aplicará a las cuotas que incurran en mora a partir de su implementación esto es, el 3 de febrero de 2014. Texto aclarado por Reg. 057-2014 de 31 de marzo de 2014.

Como hemos podido apreciar el concebido “riesgo” por el financiamiento (externo) se presenta de dos formas fundamentalmente, la primera, relativa a los socios accionistas, que conlleva una incertidumbre sobre el beneficio final de su aportación, por incertidumbre tanto en el beneficio (utilidad), como el valor de las acciones (consecuencia del riesgo en la utilidad); y, la segunda, que es aquella por la cual, dada la relación contractual por el financiamiento, se debe cancelar los respectivos intereses. Por el contrario, cuando se trata de que en lugar de financiarse se opta por la aportación de los socios, el “riesgo” subsiste en torno a los beneficios esperados y sus efectos en los valores nominales de las acciones, sin embargo, al ser su propio patrimonio, no se generan intereses sobre dichas aportaciones, es decir, prima facie, la decisión de una u otra forma para obtener recursos económicos (aportación o deuda), se reduce en primer término, a la deducibilidad de los intereses, y en segundo término, al riesgo asumido en la operación. A pesar de esto no se debe descuidar el aforismo que dice que a mayor riesgo, existe una mayor rentabilidad.

El apalancamiento financiero se debe a la presencia de los costos financieros fijos que una empresa debe pagar, por lo tanto, consiste en el uso de los costos financieros fijos para acrecentar los efectos de los cambios en las utilidades antes de intereses e impuestos sobre las ganancias por acción de la empresa. Los dos costos financieros fijos más comunes son: 1. Los intereses de deuda; y, 2. Los dividendos de acciones preferentes¹⁰⁷, costos financieros los cuales, no es de nuestro interés el profundizar, pues lo más destacado para el tema de investigación, es que el endeudamiento vinculado al apalancamiento financiero, dada la normativa tributaria, revierte gran importancia, ya que, se debe recordar que para el caso de la subcapitalización nominal, existe un límite de endeudamiento de tres veces el patrimonio de la empresa.

Siguiendo la misma línea del endeudamiento, y el uso de éste en lugar del capital, pero con un acercamiento al ámbito tributario, el autor Teodoro Cordón considera que:

Entre las alternativas de financiación, las sociedades pueden acudir a recursos propios o ajenos, siendo, en principio, la elección de una u otra forma de financiación cuestión que cada entidad decide en función de consideración de toda índole, no exclusivamente de carácter tributario. Sin embargo, las alternativas,

¹⁰⁷ Lawrence J. Gitman y Chad J. Zutter, *Principios de Administración Financiera*, 12ª edición, (México, Pearson Educación, 2012), 463, 464.

desde la perspectiva tributaria, no son precisamente sustitutivas y neutrales. Así, el que una sociedad opte por financiarse por la vía del préstamo tiene las ventajas indudables de evitar el pago de impuestos sobre Transacciones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), en su modalidad de operaciones societarias —que grava entre otros supuestos, la constitución, el aumento y la disminución de capital de las sociedades— y la posibilidad de deducir los intereses al calcular la base imponible del impuesto sobre las sociedades (IS). Por el contrario, si la sociedad opta por la financiación propia de la retribución de los fondos propios no solo no tiene la consideración de partida deducible, sino que podría generar problemas de doble imposición económica¹⁰⁸.

Lo expuesto nos permite observar que, la decisión de optar por una u otra opción, no necesariamente está relacionada al ámbito tributario, punto de vista con el cual comparto, debido a que, en la actualidad, una de las principales razones para elegir una alternativa de financiamiento es la economía de opción, como resultado de una planificación tributaria (no necesariamente agresiva), a pesar de ello, aunque se opte por cualquiera de las dos alternativas de financiamiento (préstamo o aportaciones), el resultado se reflejará en ámbito tributario, y a pesar de ello nos encontramos en una disyuntiva, pues, si bien el optar por el financiamiento a través de un crédito permite la deducibilidad del interés, en el supuesto de cumplir con los requisitos necesarios; no es menos cierto que, al optar por la capitalización por recursos propios, los costos incurridos para ejecutar dicha operación también serán deducibles, pero lógicamente estos valores son mínimos en comparación a los gastos por financiamiento de terceros. Sin embargo, lo que sí es determinante es que, si se capitaliza con los recursos de los mismos socios, cuyo origen sean los aportes iniciales y posteriormente los aumentos de capital por cualquier forma, conlleva dos efectos primordiales, el primero, que no se pueden generar intereses como parte del gasto financiero; y, el segundo que al final del ejercicio económico, los dividendos obtenidos podrían producir la doble imposición sobre dichos valores. En el caso de los no residentes, los dividendos mantienen un régimen menos favorable, ya que los convenios de doble imposición autorizan al país de la fuente gravámenes superiores comparados con los intereses, y no se renuncia unilateralmente al impuesto por obligación de dividendos, por lo que normalmente se produce doble imposición internacional; y, en el caso de los residentes, se deben considerar estos valores como parte del ingreso gravado para establecer el

¹⁰⁸ Teodoro Cordón Ezquerro, Coordinador, *Manual de Fiscalidad Internacional*, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 310.

impuesto a la renta de la persona natural, y aunque existen los “supuestos” mecanismos tributarios para evitar la doble imposición interna, la realidad de los cálculos, en la mayoría de los casos, es que, el contribuyente socio, termina pagando un impuesto adicional sobre lo ya cancelado por la sociedad.

En nuestro país, este tema se encuentra regulado por la Ley de Régimen Tributario Interno, pues en primer lugar las utilidades y los dividendos son considerados como un ingreso gravable¹⁰⁹, sin embargo, dichos valores distribuidos en el país después del pago del impuesto a la renta, se considerarán exentos si son a favor de otras sociedades nacionales, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición o de personas naturales no residentes en el Ecuador, pero esta exención no aplica si el beneficiario efectivo, es una persona natural residente en el país¹¹⁰.

Estos aspectos tributarios concernientes a los dividendos, fueron además regulados por la Resolución del SRI No. NAC-DGERCGC15-00000509, publicada en el Registro Oficial No. 545 del 16 de julio del 2015, cuyo ámbito de aplicación establece las normas para el tratamiento tributario del impuesto a la renta sobre dividendos distribuidos por sociedades residentes en el país o establecidas en el Ecuador a favor de personas naturales y sociedades, siendo lo más relevante de la misma, el establecer la retención en la fuente del impuesto a la renta sobre los dividendos distribuidos, y el crédito tributario y su límite, al incorporarse dichos dividendos en el cálculo de la renta global del impuesto a la renta de quien los percibió, tratándose de residentes locales. En definitiva, mediante esta normativa la cual regla la retención del impuesto a la renta sobre los dividendos, podría ocasionar que los mismos al entregarse a personas naturales o sociedades cuya residencia se establezca en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, puedan eventualmente, pagar en dos jurisdicciones tributarias diferentes, el impuesto a la renta sobre los dividendos percibidos.

Se puede concluir entonces que tributariamente será más beneficioso el optar por la figura del endeudamiento externo, o el uso de recursos ajenos, en lugar de la capitalización que deberían realizar los socios, sin descuidar el hecho de que, el exceso del

¹⁰⁹Art. 8 numeral 5, Ley de Régimen Tributario Interno, Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 405 de 29 de Diciembre del 2014.

¹¹⁰ Art. 9, Ley de Régimen Tributario Interno, Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 405 de 29 de Diciembre del 2014.

apalancamiento financiero conlleva a un incremento en el riesgo sobre el rendimiento de las operaciones financiadas, ya que, puede llevar a una situación de impago, de mora, o en ciertos casos extremos a la quiebra.

2.5 Consecuencia jurídica al tratarse al interés como dividendo.

Me parece oportuno que se deben distinguir las circunstancias normativas que regulan el tema de créditos externos, así: cuando se trata de un crédito externo otorgado por una institución financiera legalmente establecida como tal, los intereses pagados serán deducibles en tanto no superen la tasa de interés máxima referencial fijada por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a la fecha del registro del crédito o su novación¹¹¹; en tanto que cuando se trata de créditos otorgados directa o indirectamente de partes relacionadas, serán deducibles los intereses cuyo monto de deuda no supere la relación de 300% respecto del patrimonio, esto es, que el monto de la deuda no supere tres veces el monto del patrimonio¹¹², por lo que, los intereses que sobrepasen de dicha relación porcentual, no serán considerados como gasto deducible, y aunque la norma no lo especifica, se entendería que estos mismos intereses del excedente, se someterían a un tratamiento de anticipo de dividendos y las respectivas retenciones establecidas para ellos. En este supuesto nos encontramos ante el hecho de que el prestamista es un relacionado del exterior, es decir, es en el estado de residencia del prestamista en donde los intereses percibidos en nuestro país, tendrán adicionalmente un tratamiento de ingreso y por tanto sometidos a la norma tributaria de ese país, sin descuidar el supuesto de que puedan existir convenios de doble imposición internacional (CDI) con cláusulas específicas, ante lo cual se realizarán los respectivos ajustes. Carlos Palao Taboada, al referirse a este aspecto señala:

Según el informe de la OCDE de 1987, el estado de la residencia está obligado a aceptar la reclasificación realizada por el de la fuente especialmente en dos supuestos: cuando se haya realizado de conformidad con el artículo 9 del MCOCDE, es decir, cuando haya respetado el principio de independencia, y cuando

¹¹¹ Art. 13 numeral 3 de la Ley de régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹¹² Art. 10 numeral 3, ibídem.

en aplicación de sus propias normas contra la subcapitalización hubiera calificado en el caso considerando, los intereses como dividendos¹¹³.

Se debe observar que, el pago de intereses sobre un préstamo vinculado, conlleva a que dichos valores pagados por éstos, no se consideren como gastos financieros deducibles, sino, un anticipo a dividendos, pues, al no tener la calidad de deducible y al entregarse a una parte relacionada, cual si fuese un valor anticipado de las utilidades futuras a recibir; tal como lo contempla la norma tributaria, se convertiría en un “préstamo no comercial” y por tanto, no solo un anticipo de dividendos, sino que además dicho valor cancelado por intereses, está sujeto a la retención del impuesto a la renta respectiva¹¹⁴, más allá de esta regulación normativa, es importante apreciar que se trata de una presunción legal, la misma que es contraria a los derechos del contribuyente, dado que, debería considerarse en primer lugar, si esta operación se apega o no al principio de plena competencia, e incluso debería analizarse si la operación per se, dentro de los límites de las normas pertinentes; permitieron obtener ingresos gravados, para luego entonces establecer la vinculación que conllevaría a la presunción anotada.

El hecho de ser crédito de una parte relacionada, no garantiza el que la administración tributaria acepte el ratio del 300%, dado que se pueden presentar varios escenarios, entre ellos, el que todo el crédito vinculado sea considerado como aporte social (no solo el excedente sobre el ratio) y con sus respectivas consecuencias, esto debido a que no basta mantenerse en el límite del ratio, respecto del patrimonio, sino que siguen siendo los elementos que configuran a la subcapitalización, los determinantes, es decir, desde una óptica muy simple, si la empresa no tiene la capacidad de pago (como uno de los elementos) de esos créditos externos, entonces el tratamiento tributario será de aportes de los socios y no de crédito. Este aspecto lo ampliaré al analizar el principio de la realidad económica.

¹¹³ Fernando Serrano Antón, Coordinador, *Fiscalidad Internacional*, (Madrid, COYVE S.A., 2001) 703

¹¹⁴ Art. 37 inciso sexto de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, “... Cuando una sociedad otorgue a sus socios, accionistas, partícipes o beneficiarios, préstamos de dinero, o a alguna de sus partes relacionadas préstamos no comerciales, esta operación se considerará como pago de dividendos anticipados y, por consiguiente, la sociedad deberá efectuar la retención correspondiente a la tarifa prevista para sociedades sobre el monto de la operación...”. Artículo reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 405 de 29 de Diciembre del 2014.

Prima facie coligiendo lo expuesto resulta evidente que el optar por una u otra opción de financiamiento, depende del objeto que persigan, tanto los socios como los administradores de una sociedad, y como estos de forma general propenden hacia una economía de opción, se entendería que ante este supuesto, el optar por la figura del financiamiento es más beneficioso para las sociedades que el de la capitalización, a pesar de esto, no se puede descuidar el riesgo potencial de la apreciación de la realidad económica, en que la administración puede incurrir.

El autor Marlon Manyá, al tratar sobre la diferencia entre una u otra forma de financiamiento, sostiene que:

Debido a que los intereses y dividendos reciben un distinto trato tributario, la deducibilidad del interés actúa como elemento primordial al momento de definir cuál financiamiento es el adecuado, es por este motivo que resulta más atractivo al momento de elegir financiamiento entre vinculadas, el préstamo ya que en esa medida para disminuir la carga fiscal a través del aumento de pasivos y por consiguiente aumento de gastos y una utilidad antes de impuestos mucho menor, por lo que parece más razonable pensar que en muchas ocasiones se preferirá la financiación a través de préstamos¹¹⁵.

Se ratifica entonces el hecho de que por el tratamiento tributario diferenciado, se privilegia al préstamo como una mejor opción, y además que el mismo puede constituirse en estratégico, pues al aumentar el valor de pasivos y consumido que sea el activo (ingreso de efectivo), a primera vista podría afectar a la base impositiva para el cálculo de ciertos tributos, en los cuales se considera el patrimonio neto, como resultado de la diferencia entre el activo corriente total menos el pasivo corriente total, como lo son las contribuciones del 1.5 por mil a la Superintendencia de Compañías, o el cálculo de la patente municipal anual de funcionamiento, lo que nos permite señalar que efectivamente, el financiamiento externo, no solo tiene fines tributarios relativos a la subcapitalización, sino que además de una forma discreta, podría también formar parte de una planificación tributaria, frente a una economía de opción, apartándose al menos es su origen del tema de infracapitalización, sin embargo, no se puede descuidar el hecho de que al incrementarse el pasivo, también se debe atender a la capacidad económica, como una capacidad contributiva, ya que, no sería viable que una empresa con poca capacidad de pago, mantenga pasivos que excederían

¹¹⁵ Marlon Manyá Orellana, *Apuntes de Fiscalidad Internacional*, (Quito, Trenio S.A., 2009), 67.

tanto su capacidad de pago de capital, como su capacidad de pago de intereses, e incluso, no poseer activos que pudieran ser liquidados como dación en pago de la obligación, pues esto no solo reflejaría una simulación de las operaciones, sino que además existiría una vinculación oculta (pignoraticia); cuyo fin es el de generar un gasto financiero mayor por el pago de intereses, es decir, un beneficio fiscal.

2.7 Principios rectores de la subcapitalización.

Dada la evolución normativa que se está produciendo como consecuencia del cambiante mundo económico, por la globalización y la apertura de nuevos mercados, cuyos complementos se encuentran en gran medida asociadas a las denominadas TIC's (Tecnologías de Información y Comunicación), se ha hecho necesario que en ese mismo sentido vayan evolucionando las regulaciones normativas, tanto internas como externas, en torno a las regulaciones de orden tributario, que van surgiendo como consecuencia de dicha globalización y su facilidad de coordinación a nivel global. Es decir, el aspecto normativo tributario de un país, no puede someterse estrictamente a sus operaciones internas, sino que debe entender y considerar el desarrollo global, para no apartarse de la necesidad de que se regulen las operaciones que se realicen con otros países. En este sentido, es necesario identificar que el Ecuador se ha basado fundamentalmente en los modelos para evitar la doble imposición internacional, establecidos por la OCDE, la ONU, y el Modelo de Código Tributario para América Latina. Dado el alcance de todos y cada uno de ellos, no es de mi interés profundizar en éstos, de tal manera que fundamentalmente utilizaré en este análisis sobre el tema de estudio, varios conceptos y principios establecidos tanto en el modelo de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), como aquellos desarrollados en la legislación local, dejando en claro que los que voy a exponer, a mi criterio son los fundamentales y necesarios en el tema aquí analizado.

2.7.1 Principio de no discriminación.

Se vuelve importante señalar que al tratarse de la subcapitalización con respecto al principio de no discriminación, los comentarios al artículo 10 del Modelo de la OCDE, cuando analizan el concepto de dividendo, señalan que también se consideran como tales los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparte efectivamente los

riesgos incurridos por la sociedad, es decir, cuando el reembolso depende en una gran medida del éxito de la empresa¹¹⁶. Entendiéndose que este principio de no discriminación, tiene como principal objetivo, garantizar a los nacionales de un Estado contratante, que no estarán sujetos en el otro Estado a impuestos u obligaciones conexas a los que no estuvieren sujetos los residentes y/o nacionales que se encuentren en las mismas circunstancias, en este último Estado. Los CDI (Convenios de Doble Imposición), por lo general, no definen específicamente cuándo se trata de un acto discriminatorio, sino que, simplemente, los países firmantes se comprometen a otorgar a los residentes del otro Estado un trato no menos favorable que aquel dado a los residentes en el mismo país, es decir, como se puede observar, el principio está planteado de manera negativa, se restringe el otorgamiento de un trato menos favorable hacia un no residente, respecto del dado a los residentes de ese Estado. De esto podemos colegir que el otorgamiento de un tratamiento más favorable hacia un no residente no se encontraría, inicialmente, restringido bajo este principio. Por otro lado, la particularidad que posee este principio es que suele referirse a la totalidad de los impuestos en vigor en los Estados Contratantes y no sólo a los comprendidos dentro del ámbito del CDI, salvo que los Estados firmantes se hayan reservado el derecho a aplicarlo únicamente respecto de estos últimos¹¹⁷.

Este principio no opera sino por la suscripción de los CDIs, pues no existe un principio general de no discriminación en Derecho Tributario Internacional, de tal forma que siempre se dará preeminencia a la tributación en residencia y existirá además una clara distinción de la tributación entre los residentes y no residentes, y debido a que este principio implica una discriminación de los no nacionales, que en su mayoría son no residentes, conlleva a que este tratamiento diferenciado, afecte de forma directa el que un inversionista externo destine o no, fondos para operaciones en un determinado territorio, en nuestro caso el ecuatoriano, tal como se evidenció al analizar la consecuencia jurídica del tratamiento de los intereses como dividendos, ya que como hemos señalado, la regla general es que los beneficios de una empresa que resida en el territorio ecuatoriano, sólo

¹¹⁶ Teodoro Cordón Ezquerro, *Manual de Fiscalidad Internacional*, (Madrid, Instituto de estudios fiscales, 2001), 326.

¹¹⁷ Sebastián López Nieto, *La Cláusula de no Discriminación en los Convenios de Doble Imposición*. (Revista Derecho & Sociedad, N° 43 , Diciembre 2014 / ISSN 2079-3634), acceso: 18 de agosto 2016, véase en: http://www.berettagodoy.com/wp-content/uploads/2015/03/190_DS_Edicion-43-Derecho-Tributario_S._Lopez.pdf,

pueden someterse a imposición en este Estado ecuatoriano, a no ser que la empresa realice actividades adicionalmente en otro Estado con el cual se mantenga un convenio de doble imposición, a través de un establecimiento permanente, lo que conllevaría a que eventualmente los beneficios obtenidos puedan tributar en ese otro Estado contratante, pero únicamente en la medida de que dichos beneficios puedan ser atribuidos a ese establecimiento permanente. Siendo por tanto ésta una razón más por la cual se privilegia un endeudamiento externo, en lugar de una capitalización de la sociedad, en particular el tratamiento fiscal que reciben los dividendos bajo ciertos supuestos, como son la diferenciación de los dividendos percibidos por un beneficiario efectivo que se encuentre o no en un concebido paraíso fiscal.

2.7.2 Métodos de determinación de la subcapitalización.

Éstos son utilizados con el objeto de determinar cuándo una institución se encuentra o no subcapitalizada, en efecto, como es sabido, en el informe de la OCDE sobre la subcapitalización se distingue, entre métodos subjetivos y métodos objetivos, y en tanto que los primeros se aplican, caso por caso, según el estudio de las diversas circunstancias que en él concurren, con el fin de determinar si la presunta operación de infracapitalización ciertamente lo es; en los métodos objetivos la definición de la infracapitalización se establece por la ley a priori y con carácter general e imperativo, y en base a la ratio un coeficiente entre el saldo medio de los recursos fondos propios y el de determinados fondos ajenos (por los que se financia la entidad residente infracapitalizada, mediante operaciones de endeudamiento con entidades o personas no residentes y vinculadas a la primera) en el periodo impositivo¹¹⁸.

2.7.2.1 El método subjetivo.

Es el que más se adecúa al principio de independencia determinado en el artículo 9 del Modelo de la OCDE, cuyo objetivo es el de comprobar si los recursos financieros obtenidos por la empresa, de una parte vinculada, los hubiese podido obtener en iguales condiciones de un tercero independiente (plena competencia), es decir, si la sociedad cuenta o no con la posibilidad de acceder al crédito de un independiente, siendo por lo general que

¹¹⁸ José Luis Pérez de Ayala, *El Marco Fiscal de la Subcapitalización de las Empresas*, XIX Jornadas latinoamericanas de Direito Tributário, Livro 3, (Lisboa, Colibrí - Artes Gráficas, 1998), 77, 78.

es la administración tributaria quién se encarga de realizar la prueba respectiva, para cuyo análisis el modelo plantea que se comparen los siguientes datos:

- 1.- Ratio de endeudamiento versus capital antes del endeudamiento;
- 2.- Objeto del préstamo, en particular si el propósito de éste es el de cubrir pérdidas;
- 3.- Posible conversión del financiamiento en acciones;
- 4.- La vinculación de los intereses, a los beneficios societarios; y,
- 5.- Subordinación del crédito frente a otros acreedores.

Al estar a cargo de la respectiva administración, la carga de la prueba le corresponde a ésta, demostrar si la empresa hubiese conseguido o no los mismos recursos en el marco de libre competencia de un tercero independiente, por lo que, al igual que sucede en las operaciones vinculadas a la hora de determinar cuál es el valor normal de mercado o precio de independencia, la prueba en materia de subcapitalización (agotamiento de la capacidad de crédito), es una cuestión complicada y difícil, siendo un criterio adecuado para ello, la decisión que hubiera adoptado una entidad financiera que actúe bajo los criterios de “un banquero razonable” a la hora de decidir la concesión o denegación de un crédito y las condiciones del mismo¹¹⁹. Con estos criterios lo que se trata de encontrar es una posible participación de los riesgos de la empresa por parte del prestamista, si esto se da, no se encontraría frente a un préstamo de libre mercado por lo que los intereses estarían próximos a considerarse dividendos, de la misma forma, cuando se intenta establecer un precio normal de competencia en las operaciones vinculadas, y resulta complicado y difícil, la prueba en materia de subcapitalización también resulta compleja de comprobar¹²⁰.

2.7.2.2 El método objetivo.

Es el de uso más frecuente, y consiste en que la sociedad no podrá exceder su financiamiento más allá de un coeficiente de deuda establecido sobre su capital social, y si esto ocurre, sobre dicho excedente se deberá aplicar la normativa tributaria interna que la

¹¹⁹ Félix Alberto Vega Borrego, *La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario*, Crónica Tributaria nº 104 (2002), acceso: 21 de agosto de 2016, véase en:

http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_104_Vega.pdf, pág. 20.

¹²⁰ Marlon Manyá Orellana, *Apuntes de fiscalidad Internacional*, (Quito, Trenio S.A., 2009), 68.

regula. Se entiende entonces que, en nuestro caso, el método que la administración tributaria utiliza en la determinación de la subcapitalización, es el objetivo, pues justamente como lo señalé, la ley tributaria contempla este índice como límite a la deducción de los intereses en el caso de financiamiento con partes relacionadas. Debido a la rigidez de este método, el informe de la OCDE establece ciertas cautelas, en la que se menciona que si la sociedad supera el coeficiente de endeudamiento, este solo es comparable con el principio de plena competencia, si comprueba que el endeudamiento se ajusta al principio de independencia, y así evitar las consecuencias de la norma tributaria¹²¹. A diferencia del método anterior, la carga de la prueba le corresponde al sujeto pasivo, y ésta consiste en verificar que los recursos financieros obtenidos como préstamo de una parte vinculada, los hubiese podido también obtener de una parte independiente, es decir, la compañía por su propia capacidad, podía obtener el financiamiento de cualquier otra parte independiente, por lo que hacerse de un financiamiento con una vinculada, se fundamenta en circunstancias operativas que facilitan la obtención de dichos recursos, es decir, se la hace por facilidad, menor tiempo o incluso evitar el cumplimiento de ciertos requisitos como la garantía, sin embargo, este financiamiento seguirá siendo solo circunstancial. Bajo estas apreciaciones es que el sujeto pasivo es quien debe demostrar que su endeudamiento con partes relacionadas, pese a exceder el límite legal, es conforme al principio de libre competencia, lo que en la actualidad normativa conllevaría a que al menos los intereses que se paguen por el crédito que se encuentre dentro del ratio del 300% respecto del patrimonio, se consideren deducibles, caso contrario, la totalidad del crédito se considerará como aportes y por ende, todos los intereses pagados sobre este monto, serán considerados como no deducibles.

2.7.3 Principio de realidad económica.

Este principio es uno de los demás amplia aplicación por parte de la administración tributaria, especialmente en lo que tiene que ver con la infracapitalización, sin embargo, de aquello este concepto económico es de basta aplicación en la materia tributaria, ya que los hechos imposables están constituidos por hechos cuya sustancia es económica, y por tanto a través de éstos se puede establecer la capacidad contributiva del sujeto pasivo, aspecto

¹²¹ ¹²¹ Marlon Manyá Orellana, *Apuntes de fiscalidad Internacional*, (Quito, Trenio S.A., 2009), 68.

coyuntural que conlleva a que la interpretación de la norma en materia tributaria tenga ciertos matices específicos en la misma, por lo que este principio de la realidad económica se apega más a un método interpretativo de la norma, cuyo fundamento es que, el pago de tributos se basa en la capacidad contributiva del sujeto pasivo, siendo en esta capacidad contributiva en donde se analiza la realidad económica de los hechos, pues dicha capacidad es de orden económico.

Es oportuno considerar que en el derecho privado, para regular lo relativo a los contratos de forma general, se ha legislado en un ámbito económico (sin descuidar lo social), que en si constituye el objeto que cada una de las partes propende, lo que comporta que cada caso analizado de forma individual, se subsume a una categoría que se ha definido para este acto, lo que comúnmente se le conoce como tipificación. Básicamente podríamos decir que cada operación se constituye en una “*intentio juris*”; en contrapartida, esto es, que para entender lo que efectivamente realizaron las partes inmersas en la operación, se debe no solo revisar la relación económica de las partes, sino que además se debe analizar que pasó o cuales son las consecuencias (económicas) del acto, lo que se le conoce como “*intentio facti*”; a este acto de develar lo que efectivamente se realizó, se le conoce como, determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, que no es otra cosa que, establecer “la naturaleza jurídica del acto”, o en otras palabras, determinar a que figura jurídica se le asocia a dicho acto. Al respecto Lourdes Calderón, al citar a varios autores expone:

De acuerdo con el maestro Giuliani Fonrouge, el fundamento del principio estriba en atender al contenido económico real de las circunstancias comprendidas, prescindiendo de las formas y estructuras inadecuadas. En otras palabras, refiere, que si los contribuyentes, por ignorancia, error o mala fe, cubren o exteriorizan sus propósitos efectivos, mediante apariencias formales distintas (por ejemplo encubren una compra venta bajo el aspecto de una donación), el fisco puede prescindir de esas apariencias y determinar la obligación tributaria según la realidad oculta, sin necesidad de demostrar la nulidad del acto jurídico aparente o accionar por la vía de la simulación [...] Como bien explica Julio Fernández, para los que propugnan esta teoría, en todo acto jurídico existe una intención jurídica o *intentio juris*, y una intención empírica o *intentio factis*. El mismo autor, citando a Dino Jarach, sostiene que en toda relación jurídica de derecho civil y comercial deben diferenciarse en la voluntad de las partes dos aspectos, una voluntad empírica la de realizar un negocio, una operación económica, y una voluntad jurídica, que es la de que el negocio encuadre dentro de un determinado molde o figura del derecho civil y comercial. Como sostiene Villegas, la intención empírica es la que se encamina a obtener el

resultado económico para cuyo fin el acto se realiza, mientras que la intención jurídica será aquélla que se dirige a alcanzar, mediante el acto o negocio, determinados efectos jurídicos así deseados por las partes, quienes escogerán la forma mediante la cual sientan más protegidos sus derechos o mediante la que les sea más fácil conseguir el cumplimiento de la otra o mediante la cual paguen menos tributos¹²².

Ante estos supuestos, se puede colegir que al realizar un negocio u operación económica, existen y deben diferenciarse en el acto de carácter jurídico, la voluntad de realizar el negocio, y la voluntad jurídica, o dicho de otra manera, la intención empírica o *intention factis* (lo que se quiere conseguir), que se enfoca en obtener un resultado económico por la realización del acto u operación; y, la intención jurídica o *intention juris* (ropaje jurídico del que se viste el acto), que se encamina a producir ciertos efectos jurídicos a fin de que el acto como tal, se ubique en una determinada institución jurídica. Por lo tanto, el determinar la verdadera naturaleza jurídica de una operación, acarrea que no importa el nombre jurídico que las partes le dieron al acto, sino que más allá de eso, se debe determinar “que nombre debieron darle” o en que “figura jurídica encuadra”, dicho acto, sustentándose en la finalidad que “realmente” quisieron lograr.

Dado que el carácter tributario se enfoca en los resultados económicos, entonces las normas tributarias se vincularan a la intención empírica o *intention factis*, pudiendo desconocerse la intención jurídica o *intention juris*, si para su ejecución se ha distorsionado la realidad económica, cuyo resultado conlleva a obtener un beneficio económico, como es el de pagar menos tributos, es decir, la interpretación de la realidad económica supone desconocer la eficacia de los efectos jurídicos, si se ha distorsionado la realidad de la operación económica al utilizar una figura jurídica inapropiada, cuya intención oculta, es la de beneficiarse económicamente de los efectos de dicha figura jurídica. Es en este momento en el cual el negocio es “entendido” (por los resultados de este), en que se realiza la comparación entre, lo “que realmente quisieron hacer los contribuyentes” o los “fines perseguidos” (*intention factis*), y la figura jurídica del contrato elegido (*intention juris*); con el objeto de “recalificar el hecho económico”, es decir, en el análisis de la operación, se

¹²² Lourdes Calderón Aguilar, *La Interpretación de las Normas Tributarias en Función a la Realidad de los Hechos Económicos*, Universidad Mayor de San Marco - Perú, repositorio digital, acceso: 2 de septiembre de 2016, véase en: Ver en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/Publicaciones/quipukamayoc/2003/segundo/interpretacion.htm#*.

mantiene el resultado económico de la misma, pero se prescinde de la figura jurídica dada por el contribuyente, y se le da la figura jurídica real que debe llevar esa actuación. Debe observarse que el análisis y la reclasificación del hecho económico, sigue siendo de orden jurídico.

Dado lo expuesto, podría entenderse que más que un principio, es un método de interpretación cuyo objetivo es el de aplicar la ley acorde al resultado económico, por lo que dicho resultado como consecuencia de la interpretación, revelaría la imposición normativa de dicho hecho económico. Entonces, la operación económica que han pretendido realizar las partes (intención jurídica), no es aceptada de forma absoluta, sino que ésta es cuestionada por el derecho tributario, de tal manera que, se debe evaluar la voluntad real de las partes y su capacidad contributiva (intención empírica), siendo este procedimiento de evaluación o interpretación una concebida “calificación” o “reclasificación” de los hechos que generan el tributo, por parte de la autoridad competente¹²³, o lo que comúnmente como lo señalé ut supra, se le conoce como la reclasificación del hecho generador.

La autora Carmen Simone, al referirse a este principio como un método de interpretación, manifiesta lo siguiente:

Como método de interpretación, la utilización del principio de realidad económica no está restringido únicamente a los jueces, sino, en general, a todos quienes deben aplicar una norma tributaria, pues, todo proceso de aplicación supone a la par un proceso de interpretación. Méndez menciona, por ejemplo, la importancia del análisis económico en la formación de la norma, y pone de relieve la necesidad de que los elementos económicos, que son externos o extrajurídicos, sean pulidos a efectos de que el legislador pueda “ceñirse de la mejor manera posible a la realidad que pretende aprehender y sostener el derecho”. Concluye indicando que “si no se realiza ese análisis económico con anterioridad y se adecúan claramente los instrumentos jurídicos que se consideren adecuados (SIC), puede que ocurra que la norma se refiera a un fenómeno económico, o que incluso remita sin más a la “realidad económica” sin explicar qué quiere decirse con eso, o que no se sepa claramente a qué se refiere el legislador cuando se refiere a una realidad económica”. Sin embargo, son los jueces quienes en último término están llamados

¹²³ Efrén Minuche Zambrano, Realidad Económica en el Derecho tributario, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, acceso: 15 de septiembre de 2016, véase en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1071/elprincipio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 363, 364.

a desentrañar el verdadero sentido de una disposición frente a un caso concreto sometido a su conocimiento, y su tarea interpretativa, es, ante todo, una labor que debe realizarse con mucha minucia, para no alterar el significado o alcance que el autor de la norma quiso darle la disposición, y a fin de no vaciarla de contenido¹²⁴.

Se puede colegir entonces que el uso del principio de la realidad económica compete a todos aquellos que de una u otra forma, sea como sujetos activos o pasivos, deben aplicar una norma tributaria, pues de forma lógica se entendería que la aplicación de una norma a un hecho determinado, conlleva de por sí su interpretación, pero que sin embargo de aquello, al tratarse de aspectos fácticos determinados, es necesario que un juzgador realice la interpretación de la norma frente a un hecho concreto, es decir, que aunque la norma sea una sola, podría eventualmente actuar de forma diferente a cada caso en particular, y es por esta razón que al realizar la interpretación de la norma el juzgador puede realizar una reclasificación del hecho generador del tributo.

Por lo tanto, en lo que respecta a la aplicación del principio de la consideración económica en la interpretación del hecho imponible, el problema se presenta cuando en este afán se utilizan figuras jurídicas cuya naturaleza difieren sustancialmente del fin que persiguen los negocios, con el único objetivo de tener un rendimiento impositivo lo más reducido posible, caminando por los límites de lo lícito frente a lo ilícito. En este punto cabe considerar, que más allá de la intención jurídica es necesario analizar la intención empírica, es decir, el verdadero objetivo de un negocio, prescindiendo de las formas, si es que éstas no tienen significación para el derecho impositivo o si la utilización de las mismas fuerzan la aplicación del derecho. Al tener autonomía el derecho tributario, puede de forma independiente establecer los fundamentos del hecho imponible de forma técnica y prescindiendo de otros factores que podrían influenciar en él. Así, lo que se encuentra positivado es un hecho económico, y sobre dicho hecho se tiene que realizar cualquier tipo de interpretación, descartando los actos que configuren dicho negocio, de esta forma, el intérprete puede siempre analizar directamente la finalidad de un negocio a efectos tributarios, sin tomar en cuenta las figuras jurídicas que los cobijen, sin embargo, será más fácil para el intérprete, desde un punto de vista práctico, el analizar también el acto jurídico

¹²⁴ Carmen Simone Lasso, *El Principio de Realidad Económica: un análisis de su aplicación en la jurisprudencia de casación tributario ecuatoriana*, (Quito, Revista Ruptura, No. 55, Asociación Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2012), 300, 301.

a fin de establecer si dicho acto tiene causalidad o relación directa con el *intention facti* de las partes¹²⁵.

Se evidencia que en la calificación del hecho generador, se pueden diferenciar dos circunstancias en particular, la primera, que lo que se encuentra regulado por el derecho tributario positivo, es el hecho económico; y, la segunda, que es sobre este hecho económico que se debe realizar cualquier interpretación, razón por la cual es posible dejar de lado la figura jurídica que sobre él se haya querido dar.

La actividad interpretativa “tiene naturaleza espiritual con criterio científico, elimina la imperfección de la palabra, en la interpretación no basta la comprensión, sino que es necesario que el intérprete tenga la capacidad que le permita colocarse en la perspectiva más favorable para conocer su íntima esencia”, sólo de este modo se cumplirá con el desentrañamiento del sentido correcto de un texto legal, en contacto con el espíritu subyacente del enunciado normativo. En tanto que, la calificación del hecho generador, es un procedimiento distinto y anterior, en el que evaluamos el elemento fáctico de la relación jurídica para definir el régimen jurídico que debe aplicarse. Como bien lo indica el profesor argentino José Osvaldo Casás, “En síntesis, aplicar la ley exige un doble proceso: precisar el alcance de las normas, y decodificar, identificar y verter en ellas los hechos generadores o imposables acaecidos. Esto es, reconducir lo acaecido en el campo fenomenológico de la realidad a las previsiones y definiciones que, como presupuestos de hecho o hipótesis de incidencia tributaria, contienen los preceptos normativos, o sea, reflejarlos como imágenes en el espejo, al decir del profesor Dino Jarach”. Sin embargo, estos “procesos intelectivos” no están desvinculados del todo, así, Gabriel Casado Ollero indica que “esta actividad calificadora de la administración en función antielusiva se incardina en el procedimiento de comprobación e investigación tributaria cuyo objeto es constatar la realidad de los hechos acaecidos (sobre la base de los declarados por el contribuyente y de los que, por otras vías, tenga ya conocimiento la Administración), y del que podrá derivarse la regularización que se estime procedente de la situación tributaria del sujeto pasivo; regularización que podrá consistir en la “recalificación” de los hechos representados o reflejados por el propio

¹²⁵ Pablo Egas Reyes, *La interpretación en materia tributaria*, (Quito, Foro, revista de derecho, No. 3, UASB-Ecuador ICEN, 2004), 157, 158.

contribuyente en su declaración, liquidación, y/o “rectificación” administrativa de la interpretación y aplicación de las normas efectuada por aquél en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias”, relación que no puede llevar a confusiones entre ambos procesos¹²⁶.

No podemos descuidar y sí reafirmar que, la calificación del hecho generador será siempre de carácter jurídico, como un tema de derecho, que como veremos más adelante, se puede calificar de dos formas: jurídicamente (como un acto), o atendiendo a hechos o condiciones económicas, con independencia a la forma jurídica (como la simulación), por lo que en base de una realidad económica, se califica el hecho generador. De tal manera que el contribuyente al ejecutar las conductas (tipos) que constituyen los hechos, es la administración tributaria la llamada a calificar el hecho generador, el mismo que debe estar sometido ineludiblemente a los principios de orden tributario, entre los que se considera a la capacidad contributiva.

2.7.4 El principio de la realidad económica en la norma ecuatoriana.

En el Ecuador el principio de la realidad económica, tiene su origen en el Modelo de Código Tributario para América Latina (MCTAL), pues con la aprobación del Código Tributario el 23 de diciembre de 1975, se incorporó este principio a través de los artículos 12, y 16, actualmente 13 y 17 de este cuerpo normativo. Como ya se mencionó la calificación del hecho generador se ha constituido en una herramienta jurídica por la cual es posible reconsiderar la verdadera esencia de un acto económico, también conocido como la esencia sobre la forma o el develamiento societario, por lo que, el verdadero significado del principio de la primacía de la realidad de los hechos económicos en materia tributaria, ha de constituirse por lo tanto, en un instrumento que permita al administrador tributario reconocer la finalidad del contenido económico de las operaciones realizadas por las partes, el mismo que podrá ser utilizado conjuntamente con los métodos de interpretación

¹²⁶ Efrén Minuche Zambrano, *El Principio de Realidad Económica en el Derecho tributario*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, acceso 25 de septiembre de 2016, véase en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1071/elprincipio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 366, 367.

aceptados por el Derecho ¹²⁷, de tal forma que al referirnos a nuestro tema de estudio, el principio a aplicar es el del tratamiento económico de la operación, según el cual la verdadera naturaleza de ésta prevalece sobre la forma jurídica escogida y, por consiguiente, los fondos procedentes del endeudamiento frente a sociedades del grupo representan en realidad aportaciones en capital, entonces en ámbito fiscal, los intereses pagados en exceso son considerados como dividendos y, al mismo tiempo, que la pagadora no podrá deducir los intereses recalificados de su base imponible ¹²⁸.

Bajo estos argumentos, el art. 13 del Código Tributario al referirse a la interpretación de la ley, en su primer inciso determina “Las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica [...]”¹²⁹, aspecto normativo que permite el llamado a interpretar a la norma, a atender al significado económico, con fundamento en los fines que persigue, esto es, por un lado evitar la evasión o la elusión tributaria, con el objeto de mejorar la recaudación fiscal a que se someten los sujetos pasivos de tributos. Ahora bien, en el artículo 17 del mismo cuerpo normativo, al tratar sobre la calificación del hecho generador se pueden identificar dos formas de interpretación, sin olvidarnos de que dichas interpretaciones seguirán siendo de orden legal, así: la primera, “Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados”; y, la segunda, “Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen”¹³⁰. En lo que respecta al primer caso, no existiría discusión pues estamos ante el reconocimiento de la ley frente a los actos legalmente establecidos, sin embargo, en lo que respecta a la segunda calificación, llama la atención el que de manera por demás simple, se haría alusión hacia una figura de

¹²⁷ Lourdes Calderón Aguilar, *La Interpretación de las Normas Tributarias en Función a la Realidad de los Hechos Económicos*, Universidad Mayor de San Marco, repositorio digital, acceso: 2 de octubre de 2016, véase en:

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/Publicaciones/quipukamayoc/2003/segundo/interpretacion.htm#*

¹²⁸ Rafael Calvo Salinero, *El principio de la realidad económica*, XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario, (Lisboa, Colibrí- Artes Gráficas, 1998), 211.

¹²⁹ Código Tributario, art. 13, Codificación 9, Registro Oficial Suplemento 38 de 14-jun.-2005

¹³⁰ *Ibidem*.

simulación, pues, al tener en cuenta las relaciones económicas que efectivamente existan, se desvirtúa per se la figura jurídica, con lo que se podría estar afectando al principio constitucional de seguridad jurídica, la misma que reza: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”¹³¹, ya que, si el sujeto pasivo escogió una figura jurídica permitida en el ámbito normativo tributario (a manera de elusión), ésta es desconocida posteriormente por la aplicación del segundo inciso del artículo 17 citado, aspecto que estaría afectando al derecho que tiene el sujeto pasivo de dicha seguridad jurídica, supuesto bajo el cual el contribuyente podría en el mejor de los casos verse afectado por una sanción administrativa tributaria, y en el peor de los casos bajo las circunstancias regulatorias actuales, incurrir en un delito por fraude tributario, bajo una figura de evasión. Más allá de que si las operaciones realizadas por el contribuyente, constituyen un aspecto de planificación fiscal o economía de opción, es necesario que se delimite bajo qué circunstancias se puede entrar a analizar la esencia económica por sobre la figura jurídica, siempre con respeto a los principios y derechos constitucionales del sujeto pasivo de impuestos.

2.7.5 Principio de la capacidad contributiva.

Como había mencionado, la reclasificación del hecho generador, conlleva el sustento del análisis de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, por ser ésta, parte del hecho económico, a lo que es necesario precisar que el principio de capacidad contributiva no se encuentra reconocido como tal en la constitución, sino que, fluye de determinadas expresiones consignadas en el artículo 300 de la Carta Suprema, principio que tiene un doble alcance: en primer lugar, significa que únicamente las potenciales manifestaciones directas o indirectas de riqueza pueden ser objeto de tributación y configurar los hechos generadores de la obligación tributaria; y en segundo lugar, al propio tiempo que los particulares han de contribuir de acuerdo a su capacidad económica, de tal manera que el primer alcance se refiere a los tributos en particular, debiéndose entender que un tributo que no toma como base una manifestación de riqueza es inconstitucional, por lo tanto no cabría que razones de género, raza, nacionalidad, condición familiar u otras sirvan de fundamento

¹³¹ Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 0 Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.

para crear y aplicar tributos, en definitiva, la constitución proclama su voluntad de que el sistema tributario se configure de modo que los que tienen más capacidad económica contribuyan más al sostenimiento de las cargas públicas¹³².

Podemos concluir que, la capacidad contributiva desde el punto de vista objetivo, está integrada por la suma de sus riquezas materiales, manifestándose a través de ciertos hechos tales como la renta obtenida, el patrimonio, el consumo, indicativos estos de dicha riqueza, siendo entonces, hacia esos índices reveladores de la capacidad económica a donde apunta la tributación a fin de procurar captar con cada impuesto cada una de las distintas manifestaciones de riqueza, y someter de esta forma al sujeto pasivo a una imposición total que grave el conjunto de su situación económica. Se entendería entonces que la capacidad económica es la aptitud para contribuir, y en virtud de esto, la razón, fundamento o causa que justifique y legitime constitucionalmente la creación del impuesto, en este contexto el reflejo de la capacidad contributiva se expande tanto al hecho imponible como a la base imponible del gravamen¹³³.

Este principio al ser concebido como el de la justificación para la imposición al ser en el mismo escenario el que diferencia la capacidad de aporte de los sujetos pasivos y al mismo tiempo es común a todos ellos, por lo que sirve para identificar la naturaleza tributaria de los recursos públicos, se advierte entonces la influencia de la capacidad contributiva sobre la legitimidad sustancial de la norma tributaria, por lo que es posible apreciarla en la creación e interpretación de la norma tributaria en las modalidades de recaudación y en la dinámica procesal¹³⁴. Se entiende así que bajo estos argumentos dicha capacidad contributiva se establece como presupuesto legitimador del tributo, ya que, del otro lado no podría existir imposición contributiva ante la ausencia de dicha capacidad económica y consecuentemente a esto, donde exista capacidad económica, que por su naturaleza debe ser considerada como gravada, no puede dejar de existir un tributo.

¹³² José Vicente Troya Jaramillo, *Manual de Derecho Tributario*, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004), 137.

¹³³ José Luis Terán Suárez, *Principios constitucionales y jurídicos de la tributación*, (Quito, Cevallos librería jurídica, 2014), 213.

¹³⁴ *Ibíd.*

Este principio en relación al tema de estudio, revierte una gran importancia, pues para poder analizar la capacidad contributiva del sujeto pasivo, se utiliza la fundamentación del artículo 17 del Código Tributario¹³⁵, y fundamentalmente su inciso segundo, el cual permite considerar el factor económico por encima de la figura jurídica que se utilice, lo que significa que (al menos en nuestro medio), es frecuente usar una figura jurídica como la del crédito (préstamo), para inyectar capital de trabajo a la sociedad, lo que indudablemente conlleva a configurar la subcapitalización. Se debe entender de esta forma que con la aplicación del citado artículo 17, no es que se privilegia al hecho económico per se, sino que, en primer lugar se analiza la circunstancia jurídica planteada, la cual al no tener un fundamento real, permite a través de la misma norma señalada, valorar o calificar los efectos económicos que han surgido como consecuencia de esa figura. Es decir, en el “supuesto” de un crédito externo logrado, la figura jurídica que generalmente se utiliza es la del “préstamo”, y es esta figura legal la que se analiza; y en la forma más simple del análisis, se considerará entre otros: la vinculación entre el prestamista y el prestatario; la capacidad económica de endeudamiento y de pago; las garantías otorgadas en torno a ese crédito; el pago efectivo de capital e intereses; etc., aspectos que son sustanciales en el análisis legal con fundamento en ciertos principios como el de plena competencia, cuyos resultados determinarán si la figura legal utilizada fue adecuadamente justificada, o si simplemente se trata de una “simulación”, ya que legalmente se habla de un crédito, sin embargo en la realidad, al no cumplirse con los requisitos de este, se advierte que los recursos al provenir de partes relacionada no son tal, sino que en realidad representan una inversión de los socios de la misma compañía, que equivalen a una aportación de capital, cuya consecuencia como es lógico, es que los pagos que se alegan realizar en función de intereses, se constituyen en verdaderos anticipos de dividendos (como un rendimiento de la inversión realizada), por tanto los pagos por intereses no son deducibles. En otras palabras, lo que ha permitido el artículo 17 del Código Tributario, es revelar la realidad económica (la esencia sobre la forma) de la presunta figura legal, y en base a esos resultados

¹³⁵ Código Tributario. Art. 17.- Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

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

económicos aplicar la norma tributaria material que corresponda. Es en este punto en donde se aplica el principio de capacidad contributiva, pues en primer lugar, no se han violentado los principios de, reserva legal, ni su asociado directamente como lo es el principio de reserva de ley, pero permite aplicar el principio de la capacidad contributiva, sobre los resultados económicos de la operación jurídica analizada, atendiendo a sus fundamentos (del principio de capacidad contributiva) en este establecidos, y priorizando el hecho de que los actos del contribuyente deberán tener suficiente sustancia económica para poder ser analizados con fines tributarios (fundamento del artículo 17 citado).

El autor José Luis Terán, en referencia a lo expuesto sostiene que, la capacidad contributiva vinculada con el derecho de propiedad, supone: que los ciudadanos deben contribuir mediante tributos de acuerdo a su capacidad económica, tributos estos que se basan en hechos generadores o bases imponibles que sean indicativos de tal capacidad, y que para que no se viole el principio de confiscatoriedad, la detracción del patrimonio del contribuyente sea cuantitativamente racional, y que la base imponible y la alícuota sean reflejo del hecho generador¹³⁶.

2.7.6 La simulación.

Por lo expuesto se puede evidenciar que la regulación normativa en el Ecuador sobre la subcapitalización contempla en primer lugar, que es factible obtener créditos de partes relacionadas, y en segundo lugar que la limitación sobre los mismos es que los gastos deducibles se circunscriben al ratio de tres veces el endeudamiento respecto al capital, siendo por tanto gastos deducibles aquellos intereses que se encuentran dentro del margen señalado por la norma, sin embargo de esto, se debe establecer de una forma certera que el endeudamiento en que se incurrió, no fue realizado con el objeto de una elusión tributaria, sino que por el contrario dicha obtención de recursos, no sólo ayudó a la generación de ingresos gravados para el sujeto pasivo, sino que para lograr este objetivo, la figura utilizada es real, transparente y cumple con los requisitos formales y materiales exigidos para el cumplimiento del presupuesto de hecho.

¹³⁶ José Luis Terán Suárez, *Principios constitucionales y jurídicos de la tributación*, (Quito, Cevallos librería jurídica, 2014), 219.

El diccionario de la lengua Española, considera a la simulación como la “Alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato”, dice de simular que es el “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”¹³⁷; y en el mismo sentido, “Simulación proviene de las palabras latinas *simul* y *actio*, y según esta etimología indica el concierto o la inteligencia de dos o más personas para dar a una cosa o hecho la apariencia de otro. El objeto de la simulación es engañar y desde este punto de vista se halla comprendida bajo el nombre general de fraude, del cual no se diferencia sino como la especie del género”¹³⁸; es decir, que en la simulación intervienen al menos dos partes, para engañar a un tercero (el Estado), entendiéndose que se encubre el acto jurídico, bajo la apariencia de otro.

Es así que podemos considerar que, en nuestra legislación no nos encontramos ante normas que desarrollen la doctrina de la simulación de los actos o negocios jurídicos, aunque esporádicamente han sido recogidas por la jurisprudencia nacional los elementos que debe contener una simulación ilícita vinculada a la defraudación fiscal¹³⁹, por lo que estos deben ser: una divergencia querida entre la voluntad interna real y la manifestación exterior; una manifestación real de la simulación, en la cual el declarante induce a error a la administración o un acuerdo simulatorio entre dos o más personas destinados a perjudicar al fisco; el fin de engañar a la administración (terceros en forma general); y, la intención de defraudar manifestada en el daño patrimonial del Estado¹⁴⁰, de aquí que, puede entenderse que el objeto real de la simulación consiste en distorsionar la verdad material para obtener un beneficio económico, siendo que en nuestro caso concreto tratamos de aspectos tributarios, se entendería que todo acto calificado por la administración como de “simulación” propende a modificar mediante argucias de cualquier índole, la base imponible del impuesto la renta, incluso con la trasgresión de la norma, lo que conllevaría a

¹³⁷ Diccionario de la Lengua Española, *Simulación*, acceso: 10 de octubre de 2016, véase en: <http://dle.rae.es/?id=XvyuZ0x>

¹³⁸ Néstor Darío Rombola y Lucio Martín Reiboiras, *Diccionario Ruy Díaz*, (Bogotá, Printer Colombiana S.A. 2005), 987.

¹³⁹ Código Orgánico Integral Penal. Art. 298.- Defraudación tributaria.- La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando [...] publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

¹⁴⁰ Reinaldo Calvachi Cruz, *Los delitos Tributarios: la Defraudación fiscal*, Publicación de la Universidad San Francisco de Quito, acceso: 25 de octubre de 2016, véase en: <https://search.usfq.edu.ec/Paginas/results.aspx?k=los%20delitos%20tributarios#k=los%20delitos%20tributarios%3A%20la%20defraudacion%20fiscal>, pág. 67, 68.

que sea considerado como una defraudación fiscal, en este caso estamos frente a la simulación relativa; sin embargo, ante la presencia de una simulación absoluta, resultaría injusto afirmar que ésta también conlleva un fin de defraudación, pues la misma puede deberse a circunstancias que no necesariamente incurren en el aspecto tributario o tienen su origen con intensión ilícita.

Se debe tener claro que la modificación de la base imponible del impuesto la renta, es la consecuencia de la simulación en la cual se incurre, a manera de ejemplo podemos decir que, cuando una sociedad registra un pasivo (crédito), cuyos fondos provienen de partes relacionadas, potencialmente incurriría en la simulación, ya que, la compañía debió registrar estos fondos como aumento de capital o aportes de capital, y no como un préstamo, por lo que los intereses pagados en dicho “préstamo” no serían deducibles del impuesto a la renta.

Es inevitable considerar que con demasiada frecuencia nos encontramos frente a la presencia de una simulación absoluta o relativa, por lo que para esclarecer el tema nos hemos remitido a lo expuesto por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, al manifestar que:

René Abeliuk Manasevich comenta que: “La simulación se caracteriza porque las partes, de común acuerdo, crean una situación jurídica aparente que difiere de la real; en ella existen dos acuerdos de voluntad: uno, el real, y el otro, que está destinado a crear una situación aparente, ficticia y distinta de la verdadera que permanece secreta entre las partes” (Las Obligaciones, Tomo 1, 4ta. Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 145). De acuerdo a la finalidad, la simulación es lícita cuando tiene por objeto dejar oculta alguna parte de la declaración real de voluntad; y, es ilícita cuando tiene un fin fraudulento o tiene por objeto perjudicar a terceros. La doctrina y la jurisprudencia han establecido que para que se configure la simulación lícita deben darse tres elementos: a) La disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; b) La disconformidad en la simulación debe ser deliberada y consciente; pues en caso contrario se trataría de un error; c) Debe haber acuerdo entre las partes. Asimismo, clasifican a la simulación en: a) Absoluta, cuando las partes celebran un acto totalmente ficticio que sólo existe aparentemente; “no hay más acto que el simulado, como si el deudor para ocultar sus bienes simula traspasarlos a un tercero, con quien celebra una compraventa que no existe realmente”; b) La relativa, en la que el acto que aparece al exterior existe, “pero hay un acuerdo entre las partes que lo modifica y que queda oculto, como si se le da la apariencia de una compraventa a una donación ...”; c) Cuando hay interposición de personas, el contrato se celebra aparentemente con una persona para que ésta a su vez lo traspase a otra” (René Abeliuk Manasevich, op.

cit., pp. 146-147). Esta posición doctrinaria la recoge también la Corte Suprema de Justicia al decir que: "La doctrina, al respecto, sostiene que: 'Los requisitos de la simulación son los siguientes: disconformidad entre la voluntad interna y su declaración, disconformidad deliberada y consciente, concierto entre partes e intención de engañar a terceros' (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Título 11, De los Actos y Declaraciones de Voluntad, p. 20). En el mismo repertorio de legislación, consta lo siguiente: 'Se distinguen dos clases de simulación: la absoluta, que se da cuando el contrato carece de existencia real, y la relativa, que se produce en el caso de que el contrato convenido en realidad sea diverso del aparente. Es decir, hay simulación relativa cuando la declaración de voluntad corresponde a una voluntad real, pero distinta a la declarada.' Continúa indicando que: 'En la simulación relativa es preciso distinguir la incidencia de dos vínculos contractuales: uno, el oculto, que ha sido deseado y que corresponde a la voluntad real de las partes; el otro, el aparente, que es el visible para los terceros, no sólo con el objeto de engañarlos, sino con el propósito evidente de ocultar el verdadero vínculo contractual, o sea las partes ya no sólo se limitan a crear una apariencia, sino que emplean esta apariencia para encubrir un vínculo jurídico contractual real y querido' (obra citada, pág. 20) [...] ¹⁴¹.

De lo expresado por la Sala Especializada, se infiere que la simulación puede ser con finalidad lícita e ilícita, en donde la primera oculta alguna parte de la declaración real de voluntad, en tanto que tal como lo señalamos anteriormente, la simulación ilícita es aquella que propende a un fin fraudulento, con el objeto de perjudicar a terceros, en este caso al Estado. Se diferencia además la simulación absoluta, en donde el acto es ficticio, carece de existencia real, ya que solo aparentemente existe, y la simulación relativa, en la que el acto existe, pero hay un acuerdo entre las partes que lo modifica y queda oculto, es decir, el contrato convenido es diverso del aparente, en este tipo de simulación se debe distinguir dos vínculos contractuales: el primero, el que realmente corresponde a la voluntad de las partes, y el segundo, el visible para los terceros, cuyo objeto no sólo es el engañar, sino con el propósito evidente de ocultar el verdadero vínculo contractual, con lo que la apariencia dada es utilizada para encubrir un vínculo jurídico contractual real.

Se debe estimar que el efecto de la simulación absoluta y la relativa frente a terceros, consistirá en que se declare la total ineficacia del acto ficticio o en que se establezca la realidad del acto disimulado, porque las situaciones creadas por el primero o

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Recurso No. 237-2006-k.r., acceso 25 de octubre de 2016, véase en: <http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=380>

el disfraz del segundo los perjudica¹⁴², de tal forma que la acción de nulidad es imprescindible para que las partes desconozcan su acuerdo de simulación o pretendan perjudicar a terceros¹⁴³, de esta forma, la acción de simulación va dirigida a declarar la nulidad del negocio aparente y, si la simulación es relativa, la subyacencia del disimulado¹⁴⁴, en sí, la acción de simulación es la pretensión judicial tendiente a obtener que el magistrado declare simulado y, por tanto, carente de efectos al acto aparente¹⁴⁵.

A pesar de que la defraudación siempre ha existido en la norma, con la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP), se incorporó a la legislación el concepto de “defraudación tributaria”, ampliándose los presupuestos del tipo penal, estableciendo que, la persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, y específicamente su numeral 17 señala que será sancionado quien: “Simule uno o más actos, contratos para obtener o dar un beneficio de subsidio, rebaja, exención o estímulo fiscal”¹⁴⁶, norma esta cuya característica sigue siendo de ámbito penal, pero como se puede apreciar, involucra la simulación de actos o contratos entre los que se encontrarían los contratos crediticios externos. Sin embargo, es pertinente señalar que la simulación así establecida, no le compete a la administración tributaria per se, sino, que ésta debe ser determinada por un Juez de Garantías Penales.

Se debe deducir que antes de las reformas en ámbito tributario referentes al control de los efectos de la subcapitalización, y del delito de fraude en la simulación de actos o contratos, la administración tributaria asimilaba el concepto de “simulación” al simple hecho de que un contrato de préstamo no lo era en realidad, y en el mismo sentido es que eventualmente las resoluciones de la hoy Corte Nacional de Justicia, asimilaban dicha conceptualización, pues en las resoluciones de los recursos de casación, se hablaba de la simulación, no considerándola como un delito, sino como un contrato que pretendía dar la figura de crédito externo, es comprensible entonces que la administración tributaria al

¹⁴² Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 6ta edición, (Bogotá, Temis, 2010), 130.

¹⁴³ Fernando Vidal Ramírez, *El Acto Jurídico*, 7ma Edición (Lima, Gaceta Jurídica, 2007), 440.

¹⁴⁴ Carlos Maluquer de Motes, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, (Barcelona, Bosch, 1993), 258.

¹⁴⁵ Juan Carlos Garibotto, *Teoría general del acto jurídico*, (Buenos Aires, Depalma, 1991), 219.

¹⁴⁶ Art. 298, Código Orgánico Integral Pena, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

establecer el primer lugar la figura de la simulación en la subcapitalización, entiende que esta figura así elaborada, se la consideraría como nula o en su defecto inexistente, razón por la cual los efectos de la simulación (por no existir un préstamo sino una aportación de capital) conllevan a que, el pago de intereses sobre el crédito obtenido de una parte relacionada, se los considere como no deducibles y en consecuencia que los mismos, al tratarse de un pago a una parte relacionada, constituirían un anticipo de dividendos.

Con todo, no se puede calificar de impropia toda operación crediticia en la que coincidan o se superpongan la posición de socio y de acreedor, ya que no todo préstamo realizado por un socio debe calificarse como irregular o impropio. La impropiedad se produce sólo cuando la función económica de los fondos prestados es la de sustituir la dotación del capital de responsabilidad, es decir, cuando el préstamo es formalmente capital ajeno pero materialmente viene a subvenir el déficit en la composición adecuada del capital propio. En consecuencia, desde un punto de vista económico, nos encontramos con un supuesto de simulación relativa: los fondos se suministran aparentemente bajo la causa del préstamo aunque en la realidad opera la causa de la aportación¹⁴⁷. En definitiva, en el ámbito de la subcapitalización, existe una simulación relativa, cuando por la necesidad de las operaciones, y ante la falta de capital de trabajo, los socios pretenden dar la figura legal de un crédito, cuando en realidad es obligación de estos el aportar los recursos necesarios para dicha operación, lo que conlleva a que se deba analizar en primer término, el principio de la capacidad contributiva, ya que, no se entendería como una empresa con un capital o patrimonio social limitado, pueda endeudarse más allá de su capacidad para este fin. Sin embargo, no se debe descuidar la realidad de que aun teniendo la capacidad de endeudamiento, la sociedad recurra a un financiamiento de partes relacionadas, por considerarlas más ventajosas (interés más bajo que el de una institución financiera), momento en el cual se deberá analizar los principios antes citados, en torno a la operación realizada, con el objeto de esclarecer si la podía cumplir con todos los requerimientos para obtener un crédito de terceros (plena competencia), pues caso contrario, igualmente se estaría frente a una simulación.

¹⁴⁷ Teodoro Cordon Ezquerro y Manuel Gutiérrez Lousa, *Manual de Fiscalidad Internacional, La subcapitalización: tratamiento jurídico tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación*, (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2001), 307.

Capítulo 3

3. Recursos de casación y análisis.

Para entender de mejor manera el por qué me remito a esta figura debemos asimilar que, el recurso de casación es de carácter extraordinario, de alta técnica jurídica, formal y excepcional, cuyo principal objetivo es la defensa del ius constitutionis, esto es, protege el ordenamiento jurídico imperante a través de la correcta interpretación y aplicación del Derecho, con el propósito de hacer efectivos los principios de seguridad jurídica, legalidad e igualdad en la aplicación de la Ley, mediante dos vías ordenadas: por un lado, la llamada función nomofiláctica de protección y salvaguarda de la norma, y por otro lado la función uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo. Así las cosas, la crítica del recurrente a la sentencia de instancia, para conseguir ser examinada por la Sala de casación, han de tener por objeto las consideraciones de ésta, que constituyan la ratio decidendi del fallo¹⁴⁸. Siendo estas las circunstancias por las cuales en el tema de análisis utilizaré las sentencias de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, emitidas en los recursos de casación respecto a la subcapitalización.

También debo anotar que los fallos considerados en este punto, corresponden a impugnaciones a las resoluciones de la administración tributaria, emitidas por ejercicios económicos anteriores a la reforma tributaria introducida por la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre de 2015, por lo que al momento no han llegado hasta la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, recursos en contra de sentencias de instancia relativas a casos en los cuales ya se haya aplicado la citada reforma.

Los recursos de casación a analizarse, son aquellos en los cuales se ha controvertido sobre temas de subcapitalización, representados fundamentalmente por la no deducción de intereses en créditos externos, y es estrictamente sobre este tema que se considerarán dichos fallos, anotando además que he considerado a cada uno de ellos por alguna circunstancia en

¹⁴⁸ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recursos como Juez ponente el Dr. José Luis Terán Suarez; acceso: 30 de noviembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>, Acceso: 14 de enero de 2017.

particular respecto del tema tratado, dado el lineamiento jurídico aplicado por los jueces de casación, cuya esencia es fundamentalmente la misma; considero que el orden de análisis no refleja ninguna cuestión jurídica en particular, sino que pretendo delimitar el tema desde la óptica de la casación, dejando para el final un recurso que se dictó en oposición a la línea jurisprudencial común a la subcapitalización, emitidos por la Corte Nacional de Justicia, siendo por tanto los recursos a analizarse los siguientes:

- Recurso de casación No. 271-2010, por los ejercicios económicos 1998, 1999, y 2000; cuya sentencia fue emitida el 1 de agosto de 2012.
- Recurso de casación No. 357-2011, por el ejercicio económico 2001; cuya sentencia fue emitida el 21 de diciembre de 2012.
- Recurso de casación No. 442-2010, por el ejercicio económico 2002; cuya sentencia fue emitida el 14 de septiembre de 2012.
- Recurso de casación No. 580-2014, por el ejercicio económico 2006; cuya sentencia fue emitida el 7 de diciembre de 2015.
- Recurso de casación No. 63-2013, por el ejercicio económico 2006; cuya sentencia fue emitida el 11 de noviembre de 2014.
- Recurso de casación No. 226-2009, por los ejercicios económicos 2001 y 2002; cuya sentencia fue emitida el 27 de julio de 2010.
- Recurso de casación No. 497-2010, por el ejercicio económico 2003; cuya sentencia fue emitida el 18 de julio de 2013.

3.1 Recurso de casación No. 271-2010.

Recurso interpuesto por ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD, en contra de la sentencia de 19 de mayo de 2010, dictada por la Quinta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 24075-50-09-SV, en el que se resuelve respecto de los ejercicios económicos 1998, 1998, y 2000. El recurrente sostiene que la potestad de la administración no puede rebasar los límites de la razonabilidad ni alterar los requisitos legales definidos en materia de deducción de impuestos y concretamente de la deducibilidad de los intereses pagados por créditos externos contratados para obtener, mantener y mejorar la renta gravada; en tanto que la

administración tributaria sostiene que, el artículo 17 del Código Tributario prevé el principio de la realidad económica, por lo que se debe establecer si los valores registrados por la compañía bajo el concepto de préstamos son tales o si efectivamente es una provisión de fondos, razón por la cual se debe determinar la verdadera esencia que subyace tras los fingidos contratos de préstamos en que se basan los gastos de intereses que fueron glosados.

Al respecto la Sala Especializada de Lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, resolvió que:

[...] **C)** En relación al problema jurídico de la glosa de INTERESES Y COMISIONES AL EXTERIOR ya que se trataba de compañías relacionadas que no podrían beneficiarse de la deducción respectiva, esta Sala observa que la apreciación del Tribunal A quo, respecto a la figura de PROVISIÓN DE FONDOS, es la correcta ya que no corresponde a un préstamo en condiciones normales en donde se debió haber cancelado el capital e intereses o realizar abonos al capital más los intereses, con lo que se evidencia la vinculación de las dos compañías, por lo tanto esta Sala Especializada no considera que se ha dejado de aplicar y ha existido aplicación indebida de las normas de derecho que alega el recurrente; por el contrario el juzgador ha dado estricto cumplimiento a lo que establece la normativa. **D)** Respecto al problema jurídico de la DEDUCCIÓN DE INTERESES Y COSTOS FINANCIEROS PROVENIENTES DE CRÉDITOS EXTERNOS para beneficiarse de la deducción de intereses y costos financieros provenientes de créditos externos, el contribuyente debe cumplir estrictamente con lo que establecen las leyes de la materia; para el efecto el Art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente a la fecha establecía (sic): [...] El Tribunal A-quo en su sentencia ratifica que se trata de la figura de provisión de fondos entre empresas vinculadas y, al existir fallos emitidos por esta Sala respecto al principio de realidad económica en los que se ha considerado además como principios rectores del sistema tributario y de los tributos en particular, el de legalidad, de reserva de ley, por el cual los elementos principales, gravitantes y definidores de los tributos han de obrar de ley, principio que atañe a la forma y que es base a la seguridad jurídica; así como el de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad de pago, principio que es de carácter material y que conduce a que se haga prevalecer la sustancia sobre la forma, esta Sala Especializada considera que no ha existido aplicación indebida, no aplicación y equivocada aplicación de los artículos referidos ya que el Tribunal A quo al aplicar lo establecido en las leyes de la materia ha actuado conforme a derecho [...]

De lo resuelto por la sala especializada se observa que en cuanto a los intereses al exterior, considera que por tratarse de compañías relacionadas, la actora no podía beneficiarse de la deducción de intereses por los préstamos otorgados, pues se trataba de

una figura de “provisión de fondos”, debido a que los mismos no corresponden a préstamos logrados en condiciones normales, ya que de ser así se debió cancelar el capital e intereses, o realizar abonos a los mismos, coyunturas que al no cumplirse, evidencian la relación entre las compañías; y, en cuanto los intereses y costos financieros por créditos externos, se reitera que se estos tienen su origen en una “provisión de fondos” entre empresas vinculadas, lo que conlleva a que se aplique el principio de la realidad económica, enfatizando que se ha considerado en el mismo, el principio de legalidad, de reserva de ley, y el de capacidad contributiva, por el cual se gravan indicios de capacidad de pago, mismo que permite que se haga prevalecer la esencia sobre la forma jurídica empleada, lo que conduce a establecer que los intereses pagados por la compañía actora, no son deducibles del impuesto la renta.

Como hemos podido observar lo largo de este tema, resulta evidente y lógico el criterio utilizado por los juzgadores en este fallo, pues en primer lugar, se observa que al no haberse pagado los intereses, ni el capital, no se trata de un crédito logrado en condiciones normales, ya que de ser así, se debió haber pagado dichos valores y no sólo provisionar contablemente los mismos con el objeto de disminuir la base imponible del impuesto la renta, es decir, desde mi punto de vista, aun cuando se tratara de un préstamo de una parte relacionada, para materializarse la operación se debieron provisionar y pagar tanto el capital como los respectivos intereses, por lo tanto, es por el mismo actuar de la compañía actora que se revelan dos circunstancias determinantes: la primera, relativa al hecho de que efectivamente no se trataba de un crédito bajo circunstancias normales, sino que la figura utilizada per se, revela la existencia de una relación en extremo vinculada, esto se colige al considerar que, una institución financiera, en condiciones normales de crédito, no permitiría el impago de las obligaciones del deudor (capital e intereses); y, en segundo lugar, que al tener condiciones preferentes sobre los valores otorgados como préstamo a la compañía, no se trataba de un crédito externo, sino, de una provisión de fondos, cuyo efecto como hemos podido observar es el de que los intereses pagados no son deducibles. Además, aunque los jueces en la sentencia no lo exponen, se trata de una simulación relativa, en donde se devela que existe una provisión de fondos, razón por la cual al tratarse de un hecho económico, se aplica en el análisis del fallo, el principio de la realidad económica, con sus respectivos efectos. Se debe rescatar además que en este fallo, a decir de los jueces nacionales, la

aplicación del principio de la realidad económica se fundamenta en el principio de legalidad y su relativo de reserva de ley, principios que son la base de la seguridad jurídica, y se establece que éstos son de carácter formal; en tanto que el principio de capacidad contributiva, es de carácter material, lo que permite gravar los indicios de capacidad de pago, y es este el que hace prevalecer la esencia sobre la forma. Nótese que, lo fundamental en este caso, es el impago de las provisiones de capital e intereses, más no la vinculación a las relacionadas, desde mi punto de vista, aun cuando el préstamo (como supuesto) se hubiera logrado por un tercero financiero, este impago por sí mismo provocaría la no deducibilidad de los intereses, debido a que no se configura la materialidad de la operación, razón por la cual, la operación y sus consecuentes intereses ya no serían deducibles para determinar la base imponible del Impuesto a la Renta. En la actualidad, esta figura así ejecutada por él contribuyente, provocaría que se situara jurídicamente a esta operación, dentro de un caso de defraudación fiscal, acorde al artículo 298 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

3.2 Recurso de casación No. 357-2011.

Recurso interpuesto por la compañía OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY, en contra de la sentencia de 9 de agosto de 2011, dictada por la Quinta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 17505-2006-24580, en el que se resuelve respecto del ejercicio económico 2001. El casacionista sostiene que, no desconocen la potestad de la administración tributaria de calificar el hecho generador, lo que defienden es que esta potestad no puede rebasar los límites de la razonabilidad, la cual debe mantenerse dentro del principio de legalidad, reserva de ley y seguridad jurídica, y no debe alterar los requisitos legales definidos en materia de deducción de impuestos y de la deducibilidad de los intereses pagados por créditos externos contratados para obtener, mantener y mejorar la renta gravada; que la relación existente entre OEPC y OSAF, nunca ha sido negada por la compañía, lo que se cuestiona es que por el sólo hecho de que se trate de compañías relacionadas, se considere que no pueden existir préstamos entre estas empresas, desconociendo que el dinero siempre tiene un valor en el tiempo, por lo que afirmar que porque no hay garantía no existe préstamo, es una conclusión falsa, un silogismo inválido,

cuando es lógico que entre empresas del mismo grupo, es decir ,entre partes relacionadas, se concedan préstamos bajo condiciones más favorables que un tercero no estaría en capacidad de brindar; que el SRI no ha podido probar que existió una provisión de fondos como era su obligación. Por su parte la autoridad tributaria consideró, que la conducta de la empresa actora a través de las operaciones realizadas, perseguía por medio de una forma jurídica inadecuada “préstamos” de compañías relacionadas, lograr beneficiarse de la deducción contemplada en el numeral 3 del art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno (vigente en esa fecha); que el principio de realidad económica está en plena vigencia; que se debe analizar la esencia económica de la transacción realizada por la empresa actora con su empresa financiera relacionada, pues la empresa actora no tenía la capacidad de endeudamiento para ser sujeto de crédito.

La Sala Especializada, al respecto consideró:

[...] d) Además, la naturaleza de la operación crediticia se cuestiona, en tanto, únicamente se cubren intereses, más no capital, cual hubiera sido la consecuencia de un verdadero préstamo; por lo señalado, la Sala considera que no se aplica indebidamente el contenido del art. 17 del Código Tributario, pues cabe en el caso, la aplicación del principio de la sustancia sobre la forma, por ser ese el verdadero efecto de la operación, que permitió cubrir las obligaciones de inversión a las que la empresa actora estuvo comprometida contractualmente; por otra parte, indagar con elementos ciertos, la esencia sobre la forma, de ninguna manera atenta al principio de seguridad jurídica, ni el principio de legalidad consagrados en la Constitución como elementos rectores del régimen tributario; por lo expuesto, se confirma la glosa [...] ¹⁴⁹

Como se puede distinguir en la sentencia de casación, lo que se cuestiona de forma primordial es que no se trata de un verdadero préstamo, pues a esta figura legal sólo se le han pagado los intereses, dejando de lado el capital, además que la aplicación del principio de la esencia sobre la forma es aplicable al caso, debido a que la operación de crédito realizada por la compañía le permitió cubrir la obligación de invertir (obligación esta que se encontraba determinada contractualmente), además que al indagar la esencia sobre la forma, no afecta al principio de legalidad.

Desde mi punto de vista, y al igual que en el recurso anterior, el actuar de la compañía al pagar únicamente los intereses y no el capital revela no sólo una falta de

¹⁴⁹ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 357-2011, acceso: 30 de noviembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

materialización del crédito vinculado, sino que se ratifica la existencia de un préstamo entre partes relacionadas, pues en este caso más allá de la aceptación de la empresa de la relación existente con su contraparte, tiene importancia el hecho de que no se pagó el capital necesario para la operación, es decir, si nos remitimos a lo que realmente representa un crédito externo, debemos enfocarnos en que independientemente a que se trate de una parte relacionada, deben cumplirse los presupuestos que se establecen en la figura jurídica de un crédito, esto es, el pago de intereses y de capital; entonces, partiendo de este supuesto es fácil colegir que es la misma empresa actora es la que le da la figura legal de crédito, y sin embargo no cumple con los presupuestos de dicha figura. Por tanto el efecto económico que pretende aplicar la compañía, de que los gastos por intereses pagados por dicho crédito sean deducibles, no llega a concretarse, pues existe además del incumplimiento en la figura legal, el hecho real de que contractualmente la compañía estaba obligada a realizar inversiones para sus operaciones, esto es, que era obligación de la compañía a través de sus socios (incluso vinculadas), el proporcionar los fondos necesarios para cumplir con el objeto de la contratación. De esta manera y más allá del respeto al principio de legalidad, es correcta la aplicación del artículo 17 del código tributario, el cual como hemos visto permite el analizar y gravar los efectos económicos de una operación jurídica. Vale la pena anotar que dentro del planteamiento del recurso, se menciona que el crédito logrado por la compañía carece de garantía, y que la compañía no tenía capacidad de endeudamiento, lo cual sólo permite ratificar lo ya expuesto, esto es, que al no materializarse la operación por las condiciones de la misma, no se trataba de la figura legal de un crédito, sino de una provisión de fondos, con los efectos tributarios que esto conlleva. Por lo tanto, con claridad se puede apreciar que en este caso, se analizan aspectos que se consideran conexos a la subcapitalización, tales como: la capacidad de endeudamiento, la garantía, y el cumplimiento de la obligación, lo que le permite tanto a la administración tributaria como los jueces superiores, el concluir que los intereses pagados por los créditos, no son deducibles del impuesto la renta.

3.3 Recurso de casación No. 442-2010.

Recurso extraordinario interpuesto tanto por la administración tributaria, como por la compañía ANDES PETROLEUM ECUADOR LTD, en contra de la sentencia de mayoría de 2 de junio de 2010, dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo

Fiscal No. 1 de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 17501-2007-25397, sobre hechos del ejercicio económico de 2002. La administración tributaria expone que, en la glosa levantada por pago de intereses al exterior, en base al art. 17 del Código Tributario, estableció que no se trata de un préstamo sino de una provisión de fondos, y por ende (los intereses pagados) se tratan de utilidades remesadas al exterior a compañías relacionadas domiciliadas en paraísos fiscales, por lo que debe aplicarse el art. 17, es decir, la esencia sobre la forma. La compañía defiende el razonamiento a que el voto de mayoría llegó, en relación a los préstamos obtenidos por la actora, a los que el SRI ha determinado como “provisión de fondos” entre partes relacionadas, aplicando para ello el principio de realidad económica previsto en el art. 17 del Código Tributario, por cuanto, la Sala a quo considera que la administración no ha probado tal figura y que la ley vigente en el ejercicio 2002, no incluía excepciones en la concesión de créditos externos, como lo hace la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, vigente a partir del 2008.

Cabe señalar que en la sentencia de instancia se aceptó parcialmente la demanda, propuesta por la referida compañía, dando de baja la glosa por intereses pagados en préstamos de relacionadas y ratificando dos glosas contenidas en la resolución impugnada, circunstancia por la cual la administración tributaria recurre la sentencia de instancia con fundamento en el artículo 17 del Código Tributario, con el que se pretendía reclasificar un crédito externo, como un aporte de capital. En la parte pertinente de la resolución del recurso de casación señalado, el Tribunal expuso al respecto que:

[...] la interpretación hecha por la Sala del Art. 17 del Código Tributario, es errónea, pues las realidades del préstamo realizado a su subsidiaria no corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia, una simulación relativa, pues resulta claro que, aunque existe un acto jurídico auténtico la verdadera intención es obtener un beneficio, en contra de la recaudación tributaria y si bien, el fundamento teórico de la sentencia para aceptar la validez de la deducción son apreciaciones doctrinarias sobre el tema, tienen igual peso otras opciones que, sin duda y dilación, concluyen que la simulación en los convenios con el propósito de disminuir el pago de impuestos, debe ser combatido. Es convicción de esta Sala Especializada de lo Tributario de la Corte Nacional de Justicia, en éste y en otros casos similares que, es elemento sustancial de la tributación, la capacidad contributiva, por la cual se ha de gravar la capacidad de pago, en la que debe primar la sustancia sobre la forma, en consecuencia se admite el recurso de casación en contra de la sentencia de mayoría dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de Quito al considerar que,

en este caso, existe una “provisión de fondos o subcapitalización” entre partes relacionadas [...]” (El subrayado fuera de texto)¹⁵⁰.

De aquí que en el recurso de casación se advierte que en la compañía actora no existen condiciones financieras por las cuales ésta hubiese logrado obtener un crédito de una parte independiente a la misma, esto implica que bajo circunstancias normales o de libre mercado, la compañía actora no hubiese calificado para obtener un crédito equivalente al que sí recibió de su parte relacionada, debido a que como hemos podido apreciar, la circunstancias financieras pasan a segundo lugar, cuando el crédito proviene de una parte relacionada, es decir, el hecho de no ser sujeto de crédito y sin embargo obtenerlo, ratifica la vinculación existente entre sujeto deudor y el acreedor; este aspecto material determina que no se trata en el fondo de un préstamo per se, sino que se constituye en un aporte de capital, independientemente a la necesidad de dichos recursos; y es precisamente sobre este último aspecto que los juzgadores al resolver el problema jurídico, atendiendo a lo determinado en el artículo 17 del Código Tributario, consideran que se han configurado los presupuestos de la simulación relativa, es decir, la figura legal utilizada es la de un préstamo, pero la intención económica real denotada por el contribuyente, tiene la intención de disminuir la base imponible del impuesto la renta, a través de la generación de intereses sobre dicho préstamo.

Además, los jueces especializados consideran que ante la presencia de la capacidad contributiva, en ésta debe primar la esencia económica por sobre la forma jurídica, de tal manera que el contribuyente al haber incurrido en la simulación relativa, con el objeto de disminuir su base impositiva, son justamente este tipo de actos los que se deben combatir, presupuesto por el cual los jueces especializados consideran que al ser la capacidad contributiva un eje sustancial de la tributación, se debe gravar al contribuyente con base en la capacidad de pago, por lo que a criterio de la sala de casación, debía observarse la esencia sobre la forma, con lo cual, debe gravarse el contenido económico de la figura utilizada por el contribuyente.

Como se puede apreciar de los antecedentes propuestos por la administración tributaria, el argumento utilizado es precisamente el segundo inciso del artículo 17 del

¹⁵⁰ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 442-2010, acceso: 2 de diciembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

Código Tributario, por lo que se establece que no se trataba de un préstamo sino de una provisión de fondos, aspecto que es interpretado por la sala de casación, como un símil de la simulación, ya que en tema de subcapitalización éstos son convergentes, además se debe resaltar que parte de la inconformidad del ente de control tributario, consiste en que las utilidades realizadas (pago de intereses) se regresaban a paraísos fiscales, circunstancia que no era normada por la ley de la materia en esa época, sin embargo, mediante el principio de esencia sobre la forma, se llegó a corregir tal carencia normativa.

Como se puede distinguir en este fallo, se hace alusión directa a la simulación relativa, en torno a un crédito que no corresponde a condiciones normales con una institución financiera, aspecto económico que al igual que en los casos anteriores, permite la aplicación del segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario, esto es, el analizar la realidad económica de la operación, por sobre la figura jurídica utilizada, que conduce a gravar los intereses devengados por el contribuyente, aspecto normativo con el cual concuerdo, a pesar de ello y desde mi perspectiva, la resolución analizada es en extrema básica al resolver sobre esta glosa, pues se debería entender que los aspectos correlativos al tema de la subcapitalización, como son los principios de legalidad y de reserva de ley, han sido respetados, debido a que éste lineamiento jurídico es el que mantiene la sala especializada.

3.4 Recurso de casación No. 580-2014.

Interpuesto por compañía SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE ECUADOR S.A., en contra de la sentencia de 5 de noviembre de 2014, dictada por la Primera Sala del Tribunal Contencioso Tributario No. 1, con sede en la ciudad de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 2010-0165, por el ejercicio fiscal 2006. El fundamento utilizado por la compañía recurrente es que, al amparo de la legislación ecuatoriana, no existe ninguna norma vigente que regule explícitamente la subcapitalización como un fenómeno que permita poner en tela de duda las operaciones crediticias de SINOPEC, por lo que resulta forzado que el SRI pretenda extraer una supuesta base legal, en el artículo 17 del Código Tributario, máxime si se trata de una norma interpretativa según la cual solamente para la observación del hecho generador se puede observar la esencia económica de la operación y que es todo lo contrario, pues

existen normas legales que regulan créditos otorgados entre partes relacionadas, estableciendo ciertos parámetros para permitir la deducibilidad del pago de los intereses en dichos préstamos y que el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Nacional de Justicia es equivocado en cuanto a la interpretación del artículo 17 del Código Tributario, pues para el año 2006 no existía norma legal que permita una glosa por subcapitalización.

Ante los argumentos planteados por el recurrente, y en torno a lo expuesto por la sala de instancia en el fallo recurrido, la sala especializada expone que:

[...] Al respecto este Tribunal de Casación determina que en la especie, el Tribunal de instancia ha probado, a través de los criterios doctrinarios establecidos con respecto al tema de subcapitalización, así como con los fallos de triple reiteración citados por el Tribunal A quo, que el criterio para calificar las deducciones se basa en las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existen o se establecieron por los interesados, independientemente de las formas jurídicas utilizadas, con el propósito de adecuarse al presupuesto legal que permita considerar deducibles los pagos de intereses que ocasionan los créditos. Además cabe manifestar que esta Sala Especializada ya se ha pronunciado respecto a que el art. 17 del Código Tributario, permite tomar en cuenta el factor económico por sobre las formas jurídicas y que son dos los grandes principios rectores del sistema tributario y de los tributos en particular: 1. El de reserva de ley, por el cual los elementos principales, gravitantes y definidores de los tributos han de obrar de ley, principio que atañe a la forma y que es base de la seguridad jurídica; y, 2. El de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad contributiva, principio de carácter material, que conduce a que se haga prevalecer la sustancia sobre la forma; de ahí que la aplicación del art. 17 ibídem es correcta, pues mandatoriamente dispone que los actos del contribuyente deberán tener suficiente sustancia económica para ser considerados con fines tributarios. En suma el Tribunal de instancia no ha infringido la ley al aplicar la norma de derecho en que basó su decisión, pues como queda dicho el criterio para calificar las deducciones se basa en las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existen o se establecieron por los interesados de suerte que el análisis realizado por el Tribunal de instancia en relación con la norma alegada como erróneamente interpretada es correcta, tanto más cuanto que, según ya ha manifestado esta Sala Especializada, en cuanto tiene que ver con el inciso segundo del art. 17 del Código Tributario su interpretación es siempre una operación jurídica, no económica y lo que la doctrina ha sustentado es que al propósito, la ley tributaria debe ser aplicada haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas. Tal postura ha sido discutida vivamente por la doctrina, mas no es verdad que ha sido desestimada. Por tanto y

bajo las consideraciones expuestas no se configura ni el vicio ni la causal alegada por el recurrente¹⁵¹.

De la resolución de la Sala Especializada se infiere que, el fundamento es aquel contenido en el segundo inciso del artículo 17 del Código Tributario, esto es que, el criterio utilizado para calificar el que un gasto sea o no deducible, se basa en las relaciones económicas que efectiva o realmente existen entre las partes involucradas, dejando de lado la forma jurídica que se hayan pretendido utilizar, forma jurídica que tenía como objetivo el apearse o encajar en un presupuesto normativo que permita la deducibilidad del gasto; en otras palabras, los interesados o partes relacionadas, con el objeto de que los intereses por un crédito del exterior sean deducibles, han realizado esta figura a través de un (supuesto) crédito, pues se entiende que bajo la normativa imperante a la fecha, los pagos por intereses en créditos del exterior, se consideraban legalmente deducibles; sin embargo, el hecho económico real que subsiste es el factor económico, es decir, se deben considerar algunos aspectos tales como (sin un orden en particular): los acreedores y su relación con el deudor: las condiciones del crédito; la capacidad real económica de la sociedad, tanto para ser beneficiaria de un crédito externo, como la capacidad de poder pagar el monto del capital y sus intereses asociados; el capital de trabajo con el que cuenta la sociedad para ejercer sus operaciones; sus índices financieros en torno a su capacidad operativa o de crédito, pues, a manera de ejemplo puedo decir que, no es entendible económicamente como una sociedad con un capital constituido y pagado de \$ 2000, pueda realizar operaciones por miles de dólares, circunstancia bajo la cual queda en entredicho la realidad económica, no sólo de la sociedad, sino también de sus accionistas o partícipes; lo que conllevaría a presumir que el crédito como tal, no lo es, y tiene un mayor acercamiento a una provisión de fondos (aportes) de sus accionistas. Entonces se deduce que en la aplicación del artículo 17 referido, se considera tanto el principio de reserva de ley, como el principio de capacidad contributiva; entendiéndose que por la aplicación del principio de reserva de ley, se garantiza tanto la propiedad como los derechos individuales de los contribuyentes con el objeto de que estos contribuyan con las cargas públicas a través de los tributos, y cuyo principio de capacidad contributiva, delimita dicho gravamen en función de su capacidad económica de pago. De tal manera que lo que efectivamente se analiza es una situación

¹⁵¹ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 0580-2014, acceso 15 de diciembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

jurídica, pero en la aplicación de la norma tributaria se debe hacer valer el contenido económico subyacente (escondido, por debajo), esto es que, se deben analizar las consecuencias económicas de dicha operación jurídica, que para el caso sería el generar un gasto por interés que no es real, circunstancia que conlleva a que el tratamiento tributario cambie, es decir, debe gravarse lo que se pretendió eludir, debido a que dicho gasto al provenir realmente de una aportación de socios y no de un préstamo, incumple con un deber formal. A manera de ejemplo (en la actualidad) podemos decir, que al desconocerse el pago de intereses por créditos externos, estos pagos tendrían eventualmente, un tratamiento de pagos al exterior y por tanto sometidos a retención, o en su defecto, al considerarse el crédito como una aportación de capital (inversión) los pagos (por intereses) se constituyen en un anticipo de dividendos con sus respectivas regulaciones, y por tanto, no constituyen un gasto deducible para el contribuyente (dependiendo de cada caso en particular). En definitiva el principio de capacidad contributiva es una consecuencia de la realidad operativa realizada con una determinada figura jurídica, de tal suerte que se somete al sujeto pasivo del impuesto a una imposición que grave el conjunto de su situación económica o del caso particular que se trate (una determinada operación), fundamentada en la renta obtenida, el patrimonio, el consumo o cualquier otro indicador de su situación económica.

Como un comentario particular, podría decir que respecto al tema de la subcapitalización, este fallo es uno de los más claros en su resolución, y que jurídicamente abarca los aspectos más relevantes en torno al tema planteado, como son: el principio de la realidad económica, vinculado al inciso segundo del artículo 17 del Código Tributario, el principio de reserva de ley y la seguridad jurídica, el principio de la capacidad contributiva, así como la subyacencia del contenido económico como consecuencia de las relaciones jurídicas, lo cual constituye desde mi punto de vista un referente en el tema analizado.

3.5 Recurso de casación No. 63-2013.

Interpuesto por el Director General del Servicio de Rentas Internas y Director Regional del Servicio de Rentas Internas Litoral Sur, en contra de la sentencia de 12 de diciembre de 2012, dictada por la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2, con sede en la ciudad de Guayaquil, dentro del juicio de impugnación No. 2011-0152, por el

ejercicio económico 2006, deducido por la compañía JOHNSON & JOHNSON DEL ECUADOR S.A.

Se debe señalar que en este recurso la Sala Especializada, resolvió el mismo al amparo de la causal quinta de la Ley de Casación, por lo que a su criterio debía dictar la sentencia que corresponde, esto es, una sentencia de mérito. Bajo esta circunstancia en lo que respecta a la glosa por el tema de Infracapitalización, el argumento planteado sobre la glosa por la administración tributaria establecía que, el contribuyente no presentó la documentación que permita verificar la transferencia o recepción de la cantidad de USD \$ 8.000.000,00; que alega haber recibido de la compañía J.C. General Services CVBA por concepto de préstamo, así como tampoco presento las transferencias realizadas posteriormente por el pago de dicho préstamo y de los intereses correspondientes.

Al respecto en su sentencia de mérito expedida por la Sala Especializada estableció que:

[...] 6.7.3.2. El art. 17 del Código Orgánico Tributario, recogido en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 1975 dispone lo siguiente “cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen” (el subrayado pertenece a esta Sala); en otras palabras, nos advierte que es necesario tomar en cuenta el factor económico, inclusive sobre las formas jurídicas, para la calificación del hecho económico. En el caso que nos ocupa, esta Sala cree oportuno citar al tratadista colombiano Lucio Enrique Manozalba Afanador [...]. En virtud de lo mencionado hay que precisar lo siguiente: Johnson & Jhonson del Ecuador y J.C. General Service CVBA, son sociedades domiciliadas en Ecuador y Bélgica respectivamente, las cuales son relacionadas como se lo determina en el informe de auditores independiente de la compañía PRICEWATERHOUSECOOPERS, lo cual no ha sido discutido por la empresa actora; para efectos tributarios, se las considera como sociedades vinculadas. Carlos Palao Taboada, La Subcapitalización, Centro de Estudios Financieros, España, pág. 1001 menciona que un elemento indispensable para diferenciar la existencia de la figura de subcapitalización “Se relaciona estrechamente con la existencia de vínculos entre el prestamista y el prestatario” toda vez que nadie puede contratar consigo mismo. **En la caso (sic) en análisis se determina que pese a existir un contrato del préstamo, estableciendo la tasa de interés dentro del rango establecido por el Banco Central, la empresa actora no demuestra la transferencia o recepción de la cantidad de USD\$**

8.000.000,00 que se alega haber recibido de la compañía prestamista, y no se demuestra la transferencia por el pago de intereses del año 2006. El autor Carlos Palao Taboada, *ibídem*, al tratar el tema de la subcapitalización, diferencia entre subcapitalización material o subcapitalización nominal, señalando lo siguiente: “... cuando la sociedad carece de los recursos financieros necesarios para su financiamiento, en cuyo caso se habla de subcapitalización o infracapitalización material, o bien a que, aunque la sociedad posee tales recursos, éstos no consisten en fondos propios, es decir, en aportaciones de los socios, sino que se le han proporcionado en forma de préstamo o sea financiación ajena (subcapitalización formal o nominal).” (El subrayado le pertenece a esta Sala). Por lo expuesto esta Sala considera que el tipo de transacción llevada a cabo por Johnson & Johnson del Ecuador S.A., debido a sus características, se trata de una subcapitalización de tipo nominal. En virtud de lo cual se ratifica la glosa en análisis¹⁵² [...] (El resaltado me pertenece).

De la resolución emitida por el Tribunal de Casación se puede percibir que de forma general mantienen la línea jurisprudencial común, en torno a la fundamentación para establecer la figura de la subcapitalización. Sin embargo, en este recurso por el actuar del contribuyente se hace aún más evidente, la falta de materialidad de la operación, esto es que no fue demostrado el ingreso del dinero (préstamo) a las arcas de la compañía, es decir, no se evidencia la recepción del valor logrado como crédito externo, y consecuencia de ello resulta lógico el que tampoco existan los pagos correspondientes por dicho crédito. Más allá del análisis que la Sala hace sobre la subcapitalización, y al igual que en un recurso anterior ya analizado, este aspecto de la falta de materialidad de la operación se convierte desde mi punto de vista, en lo medular del caso, pues en sí se ha configurado la inexistencia del requisito de materialidad, que es parte de todas las operaciones realizadas por los contribuyentes. Esta materialidad implica que en las operaciones económicas, no sólo se debe propender al cumplimiento de los requisitos formales establecidos para estas operaciones, sino que además se deben cumplir con la materialidad de las mismas. Podemos exponer que en toda operación realizada por los sujetos pasivos de impuestos, los requisitos formales son aquellos que se encuentran determinados en la ley de la materia, como son: la necesidad de sustentar la transacción en los respectivos comprobantes de venta (facturas, notas de crédito, retenciones), que cumplan con los requisitos establecidos en el reglamento al efecto; la obligación de llevar contabilidad; entre otros. En tanto que los requisitos materiales son aquellos inherentes y complementarios a los requisitos formales,

¹⁵² Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 63-2013, acceso 15 de enero de 2017, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

cuyo objeto es el de verificar el cumplimiento de la transacción, así tenemos: la emisión del comprobante de pago, que se sustente en uno de los medios de pagos reconocidos por la ley (cheque, transferencia); el que dicho medio de pago efectivamente se haya realizado, si se trata de un cheque se podrá verificar dicho cumplimiento mediante el cobro del mismo (conciliación bancaria); la verificación de la transferencia del bien o prestación del servicio; que el bien o servicio tenga vinculación al objeto social de la compañía; entre otros. Bajo estos supuestos, en el caso observado existen falencias tanto en los requerimientos formales y más aún en los requisitos materiales de la operación, por ende resultaría ilógico y contra derecho, sostener que la figura analizada puede ser considerada como un hecho fáctico real, cuyos efectos de ninguna manera podrían afectar la base imponible del impuesto la renta.

Desde mi óptica este recurso nos permite evidenciar que el contribuyente de una forma por demás arbitraria, pretende sorprender a la administración tributaria creando una figura legal que la refleja en asientos contables, cuyo objeto es sin duda el de disminuir la base imponible del impuesto la renta, y es justamente esta figura, la que desde mi punto de vista se enmarca jurídicamente en el fraude fiscal, pues por una parte existe la simulación absoluta al crear un acto ficticio, y por otra parte se enmarca en la simulación relativa, pues no solo no se demuestra el ingreso del dinero que dice haber recibido como crédito, sino que tampoco se demuestra pago alguno. Circunstancias por las cuales, resulta por demás evidente que existe un incumplimiento sustancial respecto a la secuencialidad formal y material de las operaciones, supuestos normativos que no fueron advertidos por el Tribunal de Casación, pero que sin embargo sé lo entiende implícitamente del análisis realizado en torno a la glosa establecida, conllevando dicho incumplimiento (requisito formal-material) a establecer (desde mi punto de vista) la intención real de una elusión tributaria, por lo que se constituye en una verdadera evasión de orden tributario. Y es por esta razón que la Sala de Casación debió sancionar al contribuyente con la ratificación de la glosa impuesta por la administración tributaria, y más no por el hecho de constituirse en una Infracapitalización material, pues para que ésta exista debieron ser reales (materiales) los ingresos que afirmó el contribuyente haber recibido, como crédito del exterior, así como sus respectivos pagos de capital e intereses.

3.6 Recurso de casación No. 226-2009.

Recurso interpuesto por el Servicio de Rentas Internas (Director General y Director Regional Norte), en contra de la sentencia del 31 de marzo del 2009, dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 con sede en la ciudad de Quito, por los juicios acumulados Nos. 24473 y 25445, relativos a la compañía SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR, por los ejercicios económicos 2001 y 2002. La administración tributaria en su escrito de casación sostiene, que la Empresa multinacional Schlumberger, aportó capital bajo la figura de préstamo a la actora, la cual de ese modo pudo deducir intereses; que de ese modo se logró una base imponible menor; que la administración en su actuación, al tenor del art. 17 del Código Tributario hizo predominar el principio de la realidad económica y la prevalencia de la sustancia sobre la forma; que sobre el particular existe la sentencia del caso 127-2007 de 3 de abril de 2009, en el que se declara que no basta el cumplimiento de los requisitos formales para la aceptación de las deducciones; que tal criterio concuerda con el expresado por la Superintendencia de Compañías en la doctrina No. 147; que la administración en el caso en discusión, no lo ha calificado de elusión sino de simulación; que sí es posible calificar la intención jurídica de las personas que intervienen en un negocio, así como las verdaderas relaciones económicas que existen entre las partes con independencia de las formas jurídicas que utilicen; que se trata de un caso de simulación, lo que se infiere por el monto del pasivo que representa el 84,30% del activo lo que no le convierte a la Empresa en sujeto de crédito en el monto del préstamo solicitado; que no se trata de un caso de economía de opción; que la sentencia resuelve sobre asuntos no controvertidos, pues, la administración no ha objetado el valor de los instrumentos privados; que la responsabilidad por un año prevista en el art. 27 del Código Tributario, no es aplicable al caso, pues, no se trata de adquirentes de bienes o negocios, sino de una subrogación de crédito; que no se trata del caso previsto en el numeral 2 del art. 28 del Código Tributario; que de los informes periciales, se infiere que no se trató de un préstamo, sino de una provisión de fondos. Al respecto la Sala Especializada resolvió que:

[...] **QUINTO.-** La discusión se contrae, a la debida aplicación del art. 17 inciso segundo del Código Orgánico Tributario, que dice a la letra: Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para

calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen. Huelga advertir que la interpretación es siempre una operación jurídica, no económica. Lo que la doctrina ha sustentado es, que al propósito, la ley tributaria debe ser aplicada, haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas. Tal postura ha sido discutida vivamente por la doctrina, mas, no es verdad que ha sido desestimada. Lo que es más propio afirmar, es que la solución depende de lo que cada legislación prevea dentro de su normativa. (Ver Teoría de la Interpretación Tributaria, Alberto Tarsitano, El Tributo y su aplicación: perspectivas para el Siglo XXI, César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, Coordinadores, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008., I Tomo p. 851 y siguientes). Es evidente que la norma transcrita del Código Tributario, sin consagrar la interpretación económica, permite tomar en cuenta el factor económico, inclusive por sobre las formas jurídicas. **SEXTO.-** Dos son los grandes principios rectores del sistema tributario y de los tributos en particular, el de legalidad, mejor dicho de reserva de ley por el cual los elementos principales, gravitantes y definidores de los tributos han de obrar de ley, principio que atañe a la forma y que es base de la seguridad jurídica; y el de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad contributiva, principio que es de carácter material y que conduce a que se haga prevalecer la sustancia sobre la forma. Así lo ha entendido esta Sala en el caso 127-2007, en el Considerando Noveno ha sustentado que es condición de la admisibilidad del gasto, el que se ajuste a la realidad económica de las transacciones. **SÉPTIMO.-** No procede en el caso, aludir a cuestiones inherentes a la economía de opción, a la elusión permitida, ni menos a normas posteriores a que se suscitara el caso objeto de discrepancia, que inducirían a un entendimiento distinto del inciso transcrito. Por lo demás, no es objeto de discusión la responsabilidad como adquirente de bienes y negocios contemplado en el artículo 28 del Código indicado¹⁵³[...].

Como puede apreciarse de este fallo de mayoría, la discusión se contrae a establecer las consecuencias económicas por la aplicación del principio de la realidad económica, siendo claros los jueces juzgadores en el sentido que la interpretación dada al art. 17 del Código Tributario, es siempre una interpretación jurídica y no económica, y además que lo que la doctrina sustenta, es que al propósito, la ley tributaria debe ser aplicada haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas. También se determina en este fallo, que los principios rectores del sistema tributario, y de los tributos en particular, son el de legalidad y de reserva de ley (carácter formal), y el de capacidad contributiva (carácter material), el cual permite que prevalezca la sustancia sobre la forma.

¹⁵³ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 226-2009, acceso: 22 de septiembre de 2017, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

Al respecto considero que este dictamen a pesar de contener los requisitos necesarios en su expedición, resulta por demás básico, pues, da la impresión de que los jueces de casación, dan por sobrentendido los temas inherentes y vinculantes a la subcapitalización, razón por la cual, este recurso fue objeto de un pedido de aclaración y ampliación, en el cual los jueces superiores, en cierta forma sin aceptar dicho petitorio, sí permiten apreciar todo el contexto de lo expuesto en su fallo, relativo al criterio utilizado en la resolución de esta causa, de aquí que, dicho pedido de aclaración y ampliación se vuelve tan relevante como el mismo recurso de casación, razón por la cual lo incluyo, así:

[...] La Empresa actora ha propuesto un pedido de “aclaración y ampliación”, sin individualizar concretamente en dónde existen puntos oscuros y cuáles son los asuntos no decididos. Esta es una forma impropia de hacer uso de estas prerrogativas que le confiere la Ley, y por sí sola, es causa suficiente para denegar lo solicitado. Sin embargo, esta Sala, en observancia del principio constitucional de que no cabe sacrificar la justicia por la omisión de formalidades, y a efectos de hacer prevalecer el derecho a la defensa y en general, las garantías del debido proceso, considera pertinente realizar algunas puntualizaciones: I. Sobre si la sentencia recurrida tomó en cuenta la validez de los documentos presentados por SLB “que la propia Administración nunca objetó”, a esta Sala sólo le corresponde señalar que no es acertada la afirmación de la Empresa actora en el sentido de que su fallo se sustenta en una supuesta simulación si los documentos probatorios. Esta Sala en ningún momento ha apreciado las evidencias aportadas por SLB al proceso, pues como la propia Empresa afirma, esta es una tarea que le corresponde al Tribunal de instancia. Aún más la calificación de un documento como falso o ficticio, sólo puede realizarse a través de un proceso especialmente entablado para el efecto, lo que no ha existido en el presente caso. Lo que la Sala ha hecho en su fallo es señalar que el inferior, esto es, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 de Quito, ha omitido aplicar una norma jurídica –el inciso segundo del art. 17 del Código Tributario- que manda que todo juez tributario, al momento de delimitar el hecho generador, atendiendo a conceptos económicos, tenga en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas utilizadas. Muy lejos de ser una valoración de la prueba, lo que esta Sala ha llevado a cabo es una operación de interpretación de la norma, teniendo en cuenta el contenido económico subyacente. Por tanto, se niega el pedido de aclaración en este punto; II. Sobre si la doctrina de la interpretación económica vulnera los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica, aunque ello no fue parte de la litis y no estuvo en ningún momento en discusión dentro del proceso, esta Sala categóricamente afirma que ningún método de interpretación de la ley, incluido el comprendido en el art. 17 del Código Tributario, per se puede violar la legalidad y la seguridad jurídica. No sólo que la interpretación económica no vulnera estos principios, sino que por el contrario, en muchos casos, los protege y favorece así mismo la aplicación progresiva de otros derechos y garantías constitucionales. No porque fruto de la

aplicación de este principio el desenlace de un determinado caso sea desfavorable a los intereses de una persona o compañía en particular, se puede afirmar semejante cosa. En todo caso, si es que la Empresa actora estima que el art. 17 del Código Tributario contradice estos principios, esta no es la sede ni este es el procedimiento adecuado para acusar su inconstitucionalidad; III. Sobre la aplicabilidad del Considerando Décimo Tercero de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia en el caso Imporgan S.A. en el caso de SLB, esta Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones: 1. Ese fallo, como todos las sentencias que dictan esta Sala y las demás Salas de la Corte Nacional de Justicia, constituyen referente sobre la aplicación de la ley, pero sólo se convierten en precedente jurisprudencial obligatorio cuando así lo dirime el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en atención a lo dispuesto por el art. 185 de la Constitución de la República. El fallo 127-2007 aludido por la Empresa actora, no constituye precedente obligatorio. Sin embargo, esta Sala siempre ha sido partidaria de uniformizar criterios, y salvo casos muy excepcionales, ha mantenido su jurisprudencia incólume a lo largo del tiempo, formando un cuerpo casuístico sólido al que permanentemente acude para respaldar sus fallos posteriores, como ocurrió en el presente caso. La Sala en su fallo de 27 de julio de 2010 sí aludió a la sentencia 127-2007; 2. Un fallo debe ser siempre entendido en su contexto, y no cabe que sea desmenuzado para utilizarlo en la parte que favorece a un determinado interés, pues el pronunciamiento de un juez debe ser entendido siempre en su conjunto. Así lo hizo esta Sala cuando aludió al caso 127-2007 como referente de una aplicación anterior del principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma; IV. Respecto a por qué no se tomó en cuenta el art. 13 de la Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa de varias leyes publicada en el Segundo Suplemento el Registro Oficial 392 de 30 de julio de 2008, es más allá de evidente que el pronunciamiento de mayoría de esta Sala, cuando indica que hay que atender a la sustancia por encima de la forma jurídica, no ha considerado que en el presente caso estamos ante un supuesto al que procede aplicar una norma relativa a intereses. Lo propio cabe señalar en relación a la vigencia de los nuevos requisitos para la deducibilidad del gasto interés sobre créditos externos con partes relacionadas. Sobre este punto huelga además indicar que en virtud del principio de irretroactividad de la ley tributaria, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial 392, de 30 de julio de 2008 rige únicamente para lo venidero; V. Sobre por qué no se consideró lo que Tarsitano manifiesta en la página 867 de su obra, esta Sala en ningún momento ha desconocido la autorizada opinión de este autor respecto al peligro de que se desnaturalice o se extienda indebidamente la teoría de la realidad económica, mas considera que en este caso no se produce tal desnaturalización o extravío, por cuanto la realidad económica coincide con las situaciones de hecho reveladoras de capacidad contributiva. Nuevamente esta Sala hace notar que el repudio que la Empresa actora pueda sentir hacia la forma de interpretación de la ley contemplada en el art. 17 del Código Tributario, no es suficiente motivo para que esta Sala deje de aplicar este criterio, como tampoco lo es la opinión de un autor, la que además debe ser también entendida en su contexto. Sobre el punto es importante tener en cuenta que en su fallo, la Sala claramente ha señalado que “tal postura ha sido discutida vivamente por la doctrina” pero indica que “no es verdad que ha sido desestimada”; VI. Respecto a por qué la Sala no ha cumplido con las condiciones a

las que se refiere Tarsitano al hablar de la interpretación sistemática, esta Sala encuentra que en su fallo no ha hecho alusión a esta forma de interpretar la ley, y que al señalar que “lo que es más propio afirmar, es que la solución depende de lo que la legislación prevea dentro de su normativa”, a lo que se refiere es a que la aplicación del principio de realidad económica depende de que lo que diga cada ordenamiento, habiendo en el caso ecuatoriano, optado por sí aceptarlo el Legislador al incluirlo en el art. 17 del Código Tributario. No cabe entonces pronunciarse sobre este punto ni sobre los demás relacionados con la interpretación sistemática; VII. Sobre la afirmación de que con la interpretación que se realiza en la sentencia, se está sustituyendo la labor del legislador, esta Sala no puede sino indicar que lo que ha hecho es todo lo contrario, es decir, aplicar lo que fue la voluntad del legislador al expedir el Código Tributario allá en 1975, es decir, atender a las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan, con independencia de las formas jurídicas que se empleen. No puede la Empresa actora afirmar que esta Sala se ha abrogado funciones que no le corresponden sin indicar cómo o en qué manera ello ha ocurrido. No ha identificado esta Sala a la capacidad contributiva con la relación económica subyacente. Lo que ha hecho es indicar que es preciso atender a esa realidad por encima de cualquier ritualismo que se hubiere adoptado; VII) En relación a por qué se está dando más relevancia al principio de capacidad contributiva sobre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, esta Sala considera preciso remitirse al Considerando Sexto del fallo de mayoría. Ahí enfáticamente se dice que los dos primeros principios atañen a la forma, mientras que el último es de carácter material, y sin establecer una prevalencia o ponderación entre los mismos, se precisa que la capacidad contributiva es el principio que debe llevar a un juzgador a desentrañar cuál es la esencia de las transacciones por encima de las formas jurídicas. Éstas últimas, sin dejar de ser importantes, y sin que ello en ningún punto suponga una merma a los principios de legalidad y seguridad jurídica, deben ceder ante la realidad económica imperante, que es la que debe primar en un ordenamiento jurídico-tributario, especialmente en un país que se autodeclara como un Estado constitucional de derechos y justicia. No se trata nuevamente de confrontar principios, o de extrapolarlos, sino de entender al sistema tributario y al sistema normativo en su conjunto; VIII. Respecto a “por qué se afirma que las transacciones efectuadas no se han ajustado a la realidad económica, cuando a lo largo de todo el proceso se ha probado todo lo contrario, lo que significa que se está volviendo a valorar una prueba que ya fue valorada previamente, violando fallos de casación obligatorios”, esta Sala recuerda a la Empresa actora que un Tribunal de Casación no puede volver a apreciar la prueba, mas está facultado por la Ley para revisar la aplicación que el Inferior hace de las normas relativas precisamente a la valoración de la prueba. Apreciación y valoración no constituyen sinónimos, y así lo entiende la Ley de Casación y la vasta jurisprudencia existente al respecto; IX. En relación a por qué presuntamente se ha desconocido que existió la necesidad de contratar como se lo hizo por las circunstancias que vivió el país en esos años, esta Sala advierte que la situación general del país a la época en que se dieron las transacciones no es razón que justifique para que se atienda únicamente a las formas jurídicas, desatendiendo a la par la realidad económica subyacente; X. En relación a cuál es el factor económico que se tomó en cuenta para expedir el fallo de casación y al pedido de que se detallen los elementos y características del caso concreto

respecto al que la Sala Juzgadora advierte que ha existido un factor económico distinto al planteado por mi representada, esta Sala considera que es claro que al casar la sentencia y reconocer la legitimidad de la Resolución impugnada, se está reconociendo que bajo la figura del préstamo, la Empresa aportó capital, como lo advirtió la Administración Tributaria; XI. Respecto a por qué al tomar en cuenta el factor económico por sobre las formas jurídicas, se está consagrando la interpretación económica, esta Sala considera que ello se desprende claramente del contenido del inciso segundo del art. 17 del Código Tributario que a la letra dice: “Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen; XII. Sobre por qué el artículo 28 del Código Tributario no ha sido analizado, esta Sala únicamente estima necesario señalar que la sentencia ha sido casada por haberse infringido el art. 17 del Código Tributario, lo que hace innecesario pasar a analizar la presunta violación del art. 28 ibídem; XIII) Sobre cuál es el concepto de economía de opción aplicable y el de elusión permitida aplicable en este caso, y sobre a qué normas posteriores se hace referencia en el Considerando Séptimo, esta Sala no puede pronunciarse, pues, según ya lo señaló en el fallo de 27 de julio de 2010, no procede referirse a ellos ya que el hacerlo induciría a entender de forma distinta el inciso segundo del art. 17 ya transcrito; XIV) Respecto a cuáles son las razones o fundamentos de hecho y de derecho para considerar que se ha infringido el Art. 17, segundo inciso, del Código Tributario, las mismas constan en los Considerandos Cuarto a Séptimo del fallo, por lo que no hay nada que aclarar o ampliar en este sentido; y, XV) En relación a la afirmación de que la sentencia no resuelve la totalidad de los considerandos controvertidos y esgrimidos, esta Sala no encuentra que la Compañía accionante hubiera identificado cuáles son estos puntos, por lo que no existe nada que ampliar en el fallo en cuestión. En mérito de las consideraciones expuestas, esta Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia niega el pedido de aclaración y ampliación formulado por SCHLUMBERGER SURENCO S.A. SUCURSAL ECUADOR (SLB)¹⁵⁴ [...].

Como conclusión de esta transcripción, se puede evidenciar de esta aclaración y ampliación “negada al accionante”, contiene todo lo que los jueces de mayoría asumieron en el fallo dictado, de lo que se evidencia que el fallo fue por demás “claro”, lo cual me releva de realizar cualquier comentario adicional, a pesar de ello puedo exponer que, en primer lugar, la línea común respecto a la subcapitalización, se sigue manteniendo y por tanto se reafirman los conceptos fundamentales asociados a la figura analizada; y, en segundo lugar, que por lo extraordinario del recurso de casación, resulta impropio que el tribunal de casación, salga de los límites establecidos y delimitados por la Ley de Casación

¹⁵⁴ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 226-2009, acceso: 22 de septiembre de 2017, véase en: <http://www.lexis.com.ec..>

vigente a la época, y a pesar de ello la resolución del tribunal especializado resulta por demás legible y entendible en esta #aclaración negada”.

3.7 Recursos de casación No. 497-2010.

Interpuesto por la compañía OLEODUCTO DE CRUDOS PESADOS (OCP) ECUADOR S.A., en contra de la sentencia de 2 de agosto de 2010, dictada por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 1 de Quito, dentro del juicio de impugnación No. 26247-308-09-VJ, por el ejercicio económico 2003. En cuanto al tema que nos atañe, se trata de la glosa denominada “pago de intereses al exterior”, glosa sobre la cual, los jueces en su voto de mayoría resolvieron argumentando que:

[...] C) De la revisión exhaustiva de la sentencia, se puede colegir que, efectivamente no se ha hecho un pronunciamiento expreso sobre algunas de las Glosas, por cuanto el criterio vertido por las anteriormente señaladas, es el que utiliza la sentencia recurrida para desechar la impugnación de todas las demás; sin embargo esta forma ambigua de resolver es impugnada por la Empresa recurrente, que considera se le está denegando justicia con este diminuto proceder, y pretende sea casada la sentencia por haberse dejado de aplicar el Art. 270 del Código Tributario en concordancia con el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, particularmente la glosa III.1.2. levantada por “pago de intereses al exterior”, porque según la Administración, el Art. 17 del Código Orgánico Tributario, permite llegar a la esencia de la transacción prescindiendo de su forma y tales provisiones no se tratan de préstamos sino de una provisión de fondos, y por ende no son sino utilidades remesadas al exterior a compañías relacionadas o domiciliadas en paraísos fiscales, puesto que nadie puede hacerse un préstamo a sí mismo, y en consecuencia debió considerarse como un acto de subcapitalización pues lo que ha habido, es una “simulación de préstamo”.- Si bien tal negocio está previsto en la ley, para efectos del pago del impuesto a la renta (obviamente en la Ley de Régimen Tributario Interno), esta normativa ha tenido un desarrollo histórico que, se ha dado de la siguiente manera: el numeral 3. del artículo 13 del texto original de la ley, fue sustituido por el Art. 23 de la Ley 99-21 reformativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 181 de 30 de abril de 1999, con el siguiente tenor que, en estricto sentido es la norma que estuvo vigente en el ejercicio económico 2003, en disputa, decía [...]. Este tercer numeral es sustituido por el Art. 75 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 242 de 29 de Diciembre de 2007 (que también suprime el numeral 2), por el siguiente tenor [...] a partir del ejercicio 2008, no son deducibles los pagos de intereses por los préstamos externos obtenidos por los sujetos pasivos, a no ser que sean los concedidos por los organismos señalados en la norma y siempre que se hayan hecho las retenciones en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, reforma que indudablemente haría inútil la discusión para el ejercicio 2003; pues si bien la realidad económica

que se estaba viviendo en el Ecuador, hizo que el legislador establezca estas restricciones y condiciones para la concesión de la deducción en el pago de intereses por préstamos efectuados desde el exterior (la reforma al III inciso del numeral 2 del Art. 10 de la LRTI de 30 de julio de 2008, establece que el monto de los créditos externos entre partes relacionadas no podrán ser mayores al 300% con respecto del patrimonio de las sociedades), no es menos cierto en que en el 2003, no existía tales condiciones, sin embargo, esta Sala en casos similares (causa N° 27111-2010, Andes Petroleum vs. SRI) ha aceptado la glosa, considerando que tales operaciones de crédito se identifican como “subcapitalización”, ya que las realidades de un préstamo realizado por la matriz a una subsidiaria no corresponden a las condiciones normales entre una institución de carácter financiero y su cliente, creando en consecuencia una simulación relativa, pues resulta claro que, aunque existe un acto jurídico auténtico, la verdadera intención es la de obtener un beneficio en contra de la recaudación tributaria, pues la simulación en los convenios con el propósito de disminuir el pago de impuestos, debe ser combatido. Pero el presente caso, difiere de los otros, no sólo porque no se podía exigir condiciones que la ley ni el reglamento habían previsto, sino porque además: 1) Consta que en el contrato suscrito por el Estado Ecuatoriano y OCP para la construcción del oleoducto de crudos pesados, se estipula que el financiamiento del proyecto corre a cargo de la Empresa OCP ECUADOR S.A., salvo su capital social que debía necesariamente ascender a USD \$ 55'000.000, (cincuenta y cinco millones de dólares), (en el caso de ANDES su capital era de USD \$ 2.000); en consecuencia, el crédito subordinado obedece a una cláusula contractual; 2) La Administración Tributaria considera que existe “subcapitalización” por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo “ship or pay” suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron (sic) los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita. En conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano. Por todo esto, se desvanece la presente glosa [...] ¹⁵⁵.

Como se puede apreciar del fallo recurrido, la administración tributaria sostiene al igual que en el resto de casos analizados, que la aplicación del artículo 17 del Código Tributario, permite analizar la esencia sobre la forma, por lo que las provisiones realizadas por la compañía actora no se constituyen en un préstamo, sino en una provisión de fondos, incorporando en este caso en particular, el hecho de que estos pagos realizados al exterior

¹⁵⁵ Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, Recurso No. 63-2013, acceso: 31 de enero de 2017, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

por el supuesto préstamo, constituyen utilidades remesadas al exterior a compañías relacionadas ubicadas en paraísos fiscales, circunstancia ésta que como hemos observado a lo largo del tema de estudio, es consecuencia de la aportación de capital de los socios, es decir, la administración tributaria mantiene los fundamentos sobre el tema de la subcapitalización.

Desde mi punto de vista, si bien es indudable que la normativa respecto a la subcapitalización evolucionó en el año 2008, no se puede dejar de lado que aun tratándose de una compañía con un capital de 55 millones de dólares, el préstamo obtenido de 900 millones de dólares, sigue siendo desproporcionado, más aún cuando el tipo de contratos que la compañía actora mantenía con sus clientes es de tipo “ship or pay”, pues, si bien este tipo de contratos le garantizaban el poder endeudarse y cumplir con sus obligaciones crediticias, no es menos cierto que por la misma razón del tipo de contrato, prima facie no era necesario el endeudamiento en ese volumen; supuestos bajo los cuales es por demás evidente que no se trataba de la figura de un préstamo común, se trataba en síntesis de una simulación relativa bajo la figura de un préstamo, por lo cual, de haberse aplicado el mismo criterio que venía manteniendo la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, los juzgadores hubiesen concluido que no era deducible el gasto interés por dicho crédito.

Es pertinente destacar que este fallo fue objeto de una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional, órgano judicial que mediante sentencia No. 132-13-SEP-CC, Caso No. 1735-13-EP de fecha 26 de diciembre de 2013, dejó sin efecto la sentencia por el recurso de casación anotado, mismo que posteriormente fue conocido por la Sala de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia, mediante recurso No. 064-2014, el cual en su resolución casa parcialmente la sentencia de instancia recurrida, esto es que, se aceptó que no correspondía el recargo del 20%, y por tanto, se ratificó la glosa por subcapitalización, en la que se desconocen los gastos intereses de los créditos del exterior.

3.8 Observaciones en torno a los fallos de casación citados.

No cabe duda que en los casos analizados, se debe observar que la aplicación del principio de la esencia económica sobre la forma jurídica, en la cual se fundamenta de forma primordial la regulación sobre la Infracapitalización, tanto en sede administrativa

como en sede judicial, conlleva una de las mayores interrogantes sobre el tema aquí tratado, pues si bien los presupuestos del artículo 17 del Código Tributario, y específicamente su inciso segundo, se ha tornado en referente del tema, no es menos cierto que es muy sutil la línea que divide el respeto al principio de legalidad, cuyo aforismo principal es de que no hay tributo sin ley, y al menos hasta las últimas reformas introducidas en la ley de la materia, queda incierto el concepto de subcapitalización lícita, ya que, por un lado se establece que el límite de deducción de intereses se enmarca en que el crédito externo no supere la proporción de tres veces el patrimonio, es decir, si bien está claro y determinado este ratio, queda sin regulación la aplicación del principio de la realidad económica, o dicho de otra manera, aun cuando la norma establece el límite, el crédito externo (que supere o no el ratio) por la aplicación del inciso segundo del artículo 17 del código tributario, podría ser considerado como un aporte de socios, con lo cual se desvirtúa el presupuesto que regula la subcapitalización (artículo 10.2 de la Ley de Régimen Tributario Interno), y por tanto estaría presuntivamente en contraposición al principio de reserva de ley y de legalidad.

De la muestra de los fallos expedidos por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, utilizada en el tema de investigación, se pueden obtener varios insumos que ayudan al tema en ciernes, así:

Sí bien en cada caso observado he dado mi punto de vista respecto a lo resuelto por los jueces superiores, resulta oportuno aclarar que ese punto de vista personal gira en torno a la figura de la subcapitalización respecto al desarrollo de en esta investigación, más no se justificaría el incursionar en apreciaciones subjetivas más profundas, ya que, como señalé ut supra (numeral 3.1), el recurso de casación es de carácter extraordinario, por lo que para poder analizar más profundamente el criterio vertido por los juzgadores de casación, sería necesario recurrir a los fundamento jurídicos establecidos en cada una de las causales invocadas en la Ley de Casación por el o los recurrentes, con sus respectivas limitaciones, razón por la cual me veo limitado en mis apreciaciones.

Sin embargo de lo expuesto, y de forma general en torno al principio de la realidad económica, cuyo fundamento normativo se somete al art. 17 del código tributario, se debe aclarar que cuando se refiere a la independencia de las formas jurídicas utilizadas, implícitamente (respecto a la infracapitalización), se está haciendo alusión a todo tipo de

situaciones económicas reflejadas en los supuestos de formas jurídicas, así, en el caso de los créditos mercantiles, se somete al contrato mercantil, al igual que el crédito civil, puede adoptar entre otras la figura jurídica de un contrato o un documento complementario, como lo es la factura, y bajo ciertas condicionantes a los requisitos formales y materiales de estos documentos o incluso de los mismos proveedores. A manera de ejemplo a este tema, puede que el contribuyente mantenga facturas que cumplan los requisitos normativos (formales), sin embargo, el proveedor debe también cumplir con dichos requisitos formales, para establecer su existencia. De aquí, que desde mi punto de vista, la consagrada “figura legal”, determinada en el art. 17 del Código Tributario, puede ser entendida acorde a cada caso en particular, por lo tanto, volviendo a los fallos de casación analizados, no se vuelve imprescindible que se establezca la figura de la simulación (lícita, ilícita, absoluta o relativa), para determinar la aplicación del principio de la realidad económica, y sus principios asociados. Y en caso de que a criterio del juzgador se configurase dicha simulación, desde mi perspectiva, es obligación del mismo el dar a conocer a la autoridad competente (fiscal penal), los indicios de la presunción de un delito, en este caso tributario asociado a la defraudación penal, para su respectiva investigación, pues así lo determina el Código Orgánico de la Función Judicial, al señalar que: “Si al resolver una cuestión hubiere mérito para proceder penalmente, el tribunal, jueza o juez de la causa dispondrá en la sentencia o el auto definitivo que se remitan los antecedentes necesarios a la Fiscalía General”¹⁵⁶, con lo que la calificación de la tipicidad le corresponde a esta autoridad.

Finalmente, como puede evidenciarse de los fallos revisados, se puede concluir que en materia de subcapitalización, los fundamentos por los cuales, tanto la administración tributaria, como los administradores de justicia, han ido evolucionando y adaptándose a las necesidades de control hacia el sujeto pasivo de impuestos, al grado de haberse incorporando criterios que han procurado adaptarse a las circunstancias económicas imperantes al momento de realizarse las operaciones (por los sujetos pasivos), por lo que se puede establecer que para denegar la deducción de los intereses en los préstamos vinculados, por haberse configurado la subcapitalización nominal o formal, se han utilizado los siguientes fundamentos:

¹⁵⁶ Art. 129 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

1. Simulación relativa.- La misma que es considerada desde el punto de vista económico, y por la cual los recursos obtenidos por la compañía, se suministran aparentemente bajo la figura de un préstamo, cuando en realidad corresponden a una aportación de capital, cuyo principal objeto de aplicación es el obtener una ventaja tributaria al disminuir la base imponible del impuesto a la renta.

2. Artículo 17 del Código Tributario.- Cuya aplicación tiene origen en el concepto económico de la simulación relativa, que al ser contrastado con el inciso segundo del artículo citado, se atiende al principio de la realidad económica por sobre la forma jurídica, esto es, que la figura jurídica es la de un préstamo, cuando la realidad económica constituye un aporte de los socios directa o indirectamente o a través de sus relacionados. La aplicación de este precepto jurídico se fundamenta en dos principios: a) El de reserva de ley, por el cual se asegura que en actualidad la administración se adecua a las disposiciones normativas, en tanto que en referencia a los contribuyentes este principio establece que las cargas que se les impongan no atenten contra su libertad individual ni patrimonial, o su seguridad jurídica frente al Estado. b) Principio de capacidad contributiva, por el cual se gravan los indicios de capacidad de contribución que tienen los sujetos pasivos de tributos, estos indicios económicos tienen relación a hechos como la renta obtenida, el patrimonio, el consumo, gastos que se agrupan en las diferentes operaciones del contribuyente, quizá en términos más generales podríamos decir que, el que más tiene, más impuestos paga. Este principio de capacidad que es de carácter material es el que en realidad conlleva a que prevalezca el fundamento de la esencia sobre la forma, y por tanto la aplicación del artículo 17 citado.

3. Contenido económico subyacente.- Una vez establecida la simulación relativa, los principios de legalidad y capacidad contributiva, se debe observar que la aplicación del inciso segundo del artículo 17 del Código Tributario, es siempre una interpretación jurídica, sin embargo, por la aplicación de los principios tributarios señalados anteriormente en relación a la norma tributaria, lo que se analiza es el contenido económico que subyace de la operación jurídica realizada por el sujeto pasivo de impuestos, es decir, la norma por sí misma, no necesita incursionar en la interpretación económica (realidad económica), sino que su contenido es suficiente para vincular la operación atendiendo su espíritu económico por sobre el aspecto legal.

4. Requisitos formales y materiales.- Es indudable que al proveerse de fondos a una sociedad, en el presupuesto formal se habla de un préstamo, presupuesto legal el cual como hemos evidenciado puede ser desvirtuado en ámbito administrativo y judicial para atender a las consecuencias de esa forma jurídica; sin embargo, cuando se habla de los requisitos materiales o más comúnmente conocidos como la secuencia material del gasto, se infiere que son aspectos materiales complementarios que permiten sustentar un determinado gasto, que en el presente caso de análisis corresponden a demostrar que se han cumplido las obligaciones nacientes del crédito externo, respetando tanto la lógica utilizada en la figura, así como el respeto a la regulación asociada a la figura utilizada.

Como colofón de lo observado, debo agregar que el tema de los requisitos formales y materiales, en la actualidad han sido objeto de un Precedente Jurisprudencial Obligatorio, emitido por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, el mismo que en la parte pertinente establece que: “[...] Art. 3.- DECLARAR COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE, el siguiente punto de derecho: “Para que un gasto sea considerado como deducible a efecto del cálculo del Impuesto a la Renta, se debe tener en cuenta que, además del cumplimiento de los requisitos formales, debe tener una secuencialidad formal - material, demostrándose sustentadamente a través de la emisión de los comprobantes de venta, retención y complementarios, forma de pago, acreditación en cuenta en favor del beneficiario y la verificación de la fuente de la obligación que demuestre que efectivamente se haya realizado la transferencia del bien o que se haya prestado el servicio”, reiterado en las sentencias que se detallan en el numeral anterior.; (sic) y en tal virtud declarar que CONSTITUYE PRECEDENTE OBLIGATORIO a partir de la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial”¹⁵⁷. Tampoco puedo dejar de ratificar el hecho de que a partir de la publicación del Código Orgánico Integral Penal, se incorporó en éste el artículo 298, que a la letra establece: “Defraudación tributaria.- La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando”, y en particular su numeral sexto que determina: “6. Haga constar en

¹⁵⁷ Precedente Jurisprudencial Obligatorio, “GASTO DEDUCIBLE PARA EL CÁLCULO DEL IMPUESTO A LA RENTA”, Resolución No. 07-2016, publicado en el Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016.

las declaraciones tributarias datos falsos, incompletos, desfigurados o adulterados, siempre que el contribuyente no haya ejercido, dentro del año siguiente a la declaración, el derecho a presentar la declaración sustitutiva en la forma prevista en la ley¹⁵⁸, por lo cual incluso en el tema de la subcapitalización, este tipo de prácticas podrían constituirse per se, en un delito de índole tributario.

Conclusiones.

En este trabajo me había planteado fundamentalmente el conocer y entender en qué consiste la figura de la subcapitalización, estableciendo los elementos que en torno a ella la configuran, de lo cual queda claro que el elemento fundamental es el del financiamiento, cuando este llega a sustituir las obligaciones de los socios de un ente constituido al amparo de la legislación ecuatoriana, así como el que la administración tributaria, en uso de sus facultades, puede determinar, que cuando se incurre en esta sustitución económica de responsabilidad, esto es, capitalizar la empresa por un supuesto préstamo en lugar de realizar aportaciones, invocará al principio de la realidad económica, con el fin de corregir esta impropiedad de los socios.

Los puntos expuestos convergen en el hecho de que al configurarse la subcapitalización, se entiende que los fondos obtenidos llamados jurídicamente préstamos, constituyen en realidad aportes de los socios directamente o por intermedio de terceros vinculados, lo que en definitiva conlleva a que los intereses pagados por dichos créditos, no sean intereses sobre el capital, sino un anticipo de dividendos, con las consecuencias ya analizadas. De aquí que, la tendencia por parte de la administración tributaria así como el de la administración de justicia, ha sido que por la aplicación del principio de esencia sobre la forma, se han considerado como no deducibles los gastos por intereses en créditos externos vinculados, de ahí que por las modificaciones introducidas a la Ley de Régimen Tributario Interno en el año 2014, y que entraron en vigencia a partir del año 2015, no haría un cambio sustancial en la figura de subcapitalización, pero su delimitación ha sido más clara, pues, si bien la norma es diáfana respecto a que el borde del crédito externo otorgado de forma directa o indirecta de sus partes relacionadas no puede superar el 300% de su patrimonio, la línea de análisis legal se seguirá manteniendo para determinar si el valor que

¹⁵⁸ Art. 298 del Código Orgánico Integral Penal, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

podría considerarse como deducible, constituye o no un aporte de capital, de tal manera que la reforma introducida adolece en establecer esta circunstancia, es decir, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una regla clara que determine cuál es el monto que una empresa necesita como capital de trabajo, lo que conlleva a que al no estar establecido dicho valor (capital de trabajo), el contribuyente incurrirá en la configuración del presupuesto de la simulación relativa, y por ende su consecuencia siempre concluirán en que todo crédito de una parte relacionada constituye aportación de socios, y no un crédito per se. Además, que ante la presunción de la existencia de una simulación relativa, de carácter penal, es obligación de los jueces (en cualquier instancia) el notificar a la autoridad correspondiente, en nuestro caso al juez de garantías penales tributarias, lo cual de ninguna manera implica, que no sea responsabilidad de la autoridad tributaria en uso de facultades, el calificar de inicio si existen o no méritos para establecer dicha simulación.

No se debe descuidar el hecho real de que financieramente, un crédito de una parte vinculada podría eventualmente ser más fácil y económicamente más rentable de conseguir, por lo cual podría ser objeto de regulación normativa (a más del monto de capital de trabajo), el que la deducción de intereses sea considerado como un gasto deducible, siempre y cuando, el interés pagado por dicho crédito, sea inferior al interés pagado en un crédito comercial en libre competencia que se pudiera lograr en el exterior, aspectos con los cuales se propende a que ingresen mayores recursos al país, sin descuidar la imposición sobre dichos recursos, aclarando que las supuestas inyecciones de capital deberán tener como objeto, el generar ingresos gravados en el país.

Como colofón del tema analizado, puedo concluir que las presunciones sobre la configuración de la subcapitalización, giran en torno a varios factores, pues la figura utilizada por el sujeto pasivo de tributos en apariencia puede resultar impecable, pero son estos factores los que denotan la necesidad de recurrir a la aplicación del principio de la realidad económica, así se pueden mencionar a los índices financieros, ya que, es en mérito de los estos índices, obtenidos de un balance de situación financiera, que se establecen aspectos por los cuales una sociedad tiene entre otros: capacidad de endeudamiento, capacidad de pago, el capital de trabajo necesario para el objeto social, etc., cuya

observación y comparación con un crédito obtenido, permite, antes de entrar en el análisis jurídico, el conocer si presuntivamente se incurre o no en la figura estudiada.

En lo que respecta a la regulación normativa frente al tema de la infracapitalización, como quedó anotado anteriormente, ha tenido su sustento principalmente en el principio de realidad económica, consagrado en el artículo 17 del Código Tributario, lo cual ha constituido una verdadera cláusula en contra de la elusión, pues por la aplicación de este principio se ha impedido los efectos de la subcapitalización, especialmente en los períodos en los cuales no existía una norma clara, sin embargo, es fundamental legislar respecto de los límites de este principio normativo, debido a que no debe quedar a la subjetividad del juzgador, sea en sede administrativa o en sede judicial, la liberalidad de la aplicación de este precepto, ya que, jurídicamente la aplicación de la norma adjetiva o sustantiva, en ámbitos formales o materiales, podría quedar relegada ante la aplicación de dicho precepto jurídico, es decir, resulta evidente que ante dicha liberalidad conceptual de la aplicación de este principio (no solo en el tema de estudio), conlleva a revertir cualquier forma jurídica, so pretexto de revisar la realidad económica de la operación, con fines determinativos y recaudatorios, sin considerar que la misma norma Constitucional consagra en su artículo 300 los principios rectores del régimen tributario, y como parte integral de éstos, no se está considerando el de economía de opción, como un mecanismo de estabilidad societaria, el mismo que mientras no transgreda el ordenamiento jurídico imperante, so pretexto de la aplicación de la realidad económica, no debe ser considerado como elusivo. En definitiva, lo que se debe normar, es el abuso del derecho ante presunciones fraudulentas, y que de una u otra forma riñen con la falencia normativa en ámbito societario o regulaciones en materia civil.

Finalmente considero que se encuentra sin una adecuada legislación, el tratamiento que se debe dar a las utilidades no distribuidas, al menos desde la óptica de la Infracapitalización, pues desde mi perspectiva, el uso de estos recursos no entregados a los socios, en caso de ser utilizados como capital de trabajo, constituyen un verdadero aporte; y si bien las regulaciones determinan en forma clara cuál es el hecho generador de los dividendos, no se ha legislado sobre los efectos por el uso de estos, si no existiera la distribución pertinente.

Bibliografía.

- Aguirre Gómez, Luis y Romero Morán, Fernando. “Manual de Financiamiento para Empresas”, segunda edición, Guayaquil: Ediciones Holguín, 2016.
- ARA Editores, “Las Presunciones y Rentas Fictas Aspectos Constitucionales y Tributarios en el Impuesto a la Renta”, Lima: IPIDET, 2010.
- Barrera Graf, Jorge, “Las Sociedades en el Derecho Mexicano”. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- Broseta Pont, Manuel, “Régimen de los préstamos participativos”, Madrid: Ob, 1992.
- Brigham, Eugene F. y Houston, Joel F., “Fundamentos de Administración Financiera, Décima Edición”, México: Thomsom Editores S.A., 2005.
- Calvo Salinero, Rafael, “El principio de la realidad económica”, XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario, Lisboa: Colibrí - Artes Gráficas, 1998.
- Carrasco Vicuña, Carlos Marx y Amoroso Iñiguez, Ximena, “Coordinadores, Una Nueva Política Fiscal para el Buen Vivir”, Quito: Centro de Estudio Fiscales, 2012.
- Cordón Ezquerro Teodoro y Gutiérrez Lousa Manuel, “Manual de fiscalidad Internacional, la subcapitalización: tratamiento jurídico-tributario y su compatibilidad con el principio de no discriminación”. Madrid: Instituto de estudios fiscales, 2001.
- Egas Reyes, Pablo, “La interpretación en materia tributaria”, Quito: Foro, Revista de derecho, No. 3, UASB-Ecuador ICEN, 2004.
- Garibotto, Juan Carlos, “Teoría general del acto jurídico”, Buenos Aires: Depalma, 1991.
- Garrigues, Joaquín, “Contratos Bancarios”, Madrid: Propiedad, 1988.
- Gaviria Gutiérrez, Enrique, “Las sociedades en el nuevo Código de Comercio”, Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- Gitman, Lawrence J. y Zutter, Chad J., “Principios de Administración Financiera”, 12ª edición, México: Pearson Educación, 2012.

- Gómez Moreno, Jorge, “El Préstamo de Dinero a Intereses a Título de Mutuo Comercial”, Bogotá: Editorial Jorge Plazas S., 1976.
- Hamaekers, Hubert, “Fiscalidad Internacional, Precios de Transferencia. Historia, Evolución y Perspectivas”, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2001.
- Maldonado Landeta, Edmundo, “Finanzas Corporativas, Valoración de Inversiones”, Quito: Caracolor, 2013.
- Maluquer de Motes, Carlos, “Derecho de la persona y negocio jurídico”, Barcelona: Bosch, 1993.
- Manosalva Afanador, Lucio Enrique, “Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de las empresas”. Lisboa: Actas de la XIX Jornadas Latinoamericanas de Direito Tributario, 1998.
- Manya Orellana, Marlon, “Apuntes de fiscalidad internacional”, Quito: Trenio S.A., 2009.
- Martorell, Ernesto Eduardo, Director, “Tratado de Derecho Comercial”, Priemera edición, Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Mavila, Daniel, “Garantías Crediticias”, Perú: Industrial Data, 2004.
- Mejía Salazar, Álvaro R., “Diccionario Derecho Tributario”, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Navarrine, Susana Camila, y Asorey, Rubén O., “Impuesto a las Ganancias”, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, “Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”, 6ta edición, Bogotá: Temis, 2010.
- Ortega Castro, Alfonso, “Introducción a las Finanzas”, México: McGraw-Hill, 2008.
- Orozco Cadena, José, “Contabilidad General”, Quito: Emanuel Editores, 1997.
- Pérez de Ayala, José Luis, “El Marco Fiscal de al Subcapitalización de las Empresas, XIX Jornadas latinoamericanas de Direito Tributário”, Livro 3, Lisboa: Colibrí - Artes Gráficas, 1998.

- Pérez Ramírez, Jorge, “Contabilidad Bancaria”, Buenos Aires: Fareso S.A., 2003.
- Pérez, Jorge Oswaldo, “Manual de Derecho y de la Empresa”, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012.
- Quiñonez, Natalia, “Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición”, Montevideo: Cevallos, 2010.
- Reyes Villamizar, Francisco, “Derechos Societarios”, Tomo I, segunda edición, Bogotá: Editorial Temis, 2006.
- Rohatgi, Roy, “Principios Básicos de la Tributación Internacional”, Primera edición, Bogotá: Legis Editores S.A., 2008.
- Rombola, Néstor Darío, y Martín Reiboiras, Lucio, “Diccionario Ruy Diaz”, Bogotá: Printer Colombiana S.A. 2005.
- Sala Galván, Gemma, “Los precios de transferencia internacionales, Su tratamiento Tributario”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Serrano Antón, Fernando, “Fiscalidad internacional”, 5ta edición, Madrid: Coyve S.A., 2013.
- Simone Lasso, Carmen, “El Principio de Realidad Económica: un análisis de su aplicación en la jurisprudencia de casación tributario ecuatoriana”, Quito: Revista Ruptura, No. 55, Asociación Escuela de Derecho Pontifica Universidad Católica del Ecuador, 2012.
- Terán Suárez, José Luis, “Principios constitucionales y jurídicos de la tributación”, Quito: Cevallos librería jurídica, 2014.
- Troya Jaramillo, José Vicente, “Manual de Derecho Tributario”, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.
- Vega Félix, “La Norma Tributaria en materia de Subcapitalización: incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario, Crónica tributaria”. ISSN 0210-2919, N° 104, 2002.

Verona Martel, María, Hernández Sánchez, Manuela y Denis Mayor, José, “Finanzas Corporativas”, Madrid: Delta Publicaciones Universitarias, 2013.

Vidal Ramírez, Fernando, “El Acto Jurídico”, 7ma Edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

Uckmar, Víctor, “Manual de Derecho Tributario Internacional”, Buenos Aires: La Ley, 2011.

Normativa.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de Régimen Tributario Interno*, publicada en el Registro Oficial No. 341 de 22 diciembre 1989.

ASAMBLEA NACIONAL, *Codificación de la Ley de Régimen Tributario Interno*, publicada en el Registro Oficial No. 467 de 17 de noviembre de 2004.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador*, publicada en Registro Oficial (Suplemento) No. 242 de 29 de Diciembre del 2007.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, al Código Tributario, a la Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico*, publicada en el Registro Oficial (Segundo Suplemento) No. 392 de 30 julio 2008.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador*, Registro Oficial (Suplemento) No. 497 de 30 de diciembre 2008.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley 0, Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Reformatoria a la Ley de Régimen Tributario Interno y a la ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador*, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) No. 94 de 23 de diciembre de 2009.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Régimen Tributario Interno*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 244 del 27 de julio de 2010.

ASAMBLEA NACIONAL, *Código Orgánico Integral Penal*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 180 de 10 de febrero de 2014.

ASAMBLEA NACIONAL, *s/n: Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera*, publicada en Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de Diciembre del 2015.

BANCO CENTRAL DEL ECUADOR, *Codificación de regulaciones del Banco Central del Ecuador*. No. 047-2013 de 3 de septiembre de 2013.

CONGRESO NACIONAL, *Código de Comercio*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 1202 de 20 de agosto 1960.

CONGRESO NACIONAL, *Ley de Régimen Tributario Interno*, publicada en el Registro Oficial No. 341 de 22 de diciembre de 1989.

CONGRESO NACIONAL, *Ley de Compañías*, publicada en el Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

CONGRESO NACIONAL, *Ley 91-24*, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 181 de 30 de abril de 1999.

CONGRESO NACIONAL, *Código Civil*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 46 de 24 de junio 2005.

CONGRESO NACIONAL, *Código Tributario*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 38 de 14 de junio de 2005

JUNTA BANCARIA, *Resolución No. JB-2010-1782*, expedida el 19 de agosto de 2010.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Reglamento a la Ley de régimen Tributario Interno*, publicado en el Registro Oficial (Suplemento) No. 209 del 8 de junio de 2010.

SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, *Resolución 99.1.1.13.008*, publicada en el Registro Oficial No. 278 del 16 de septiembre de 1999.

Ediciones electrónicas y net grafía.

Ayala Villegas, Sabino. “Créditos financieros”, GestioPolis, julio 12, 2005, véase en: <http://www.gestiopolis.com/creditos-financieros/>.

Calvachi Cruz, Reinaldo, “Los delitos Tributarios: la Defraudación fiscal”, Publicación de la Universidad San Francisco de Quito, véase en: <https://search.usfq.edu.ec/Paginas/results.aspx?k=los%20delitos%20tributarios#k=los%20delitos%20tributarios%3A%20la%20defraudacion%20fiscal>, pág. 67, 68.

Calderón Aguilar, Lourdes, “La Interpretación de las Normas Tributarias en Función a la Realidad de los Hechos Económicos”, Universidad Mayor de San Marco - Perú, repositorio digital, véase en: Ver en: http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/Publicaciones/quipukamayoc/2003/segundo/interpretacion.htm#*.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Precedente Jurisprudencial Obligatorio, “GASTO DEDUCIBLE PARA EL CÁLCULO DEL IMPUESTO A LA RENTA”, Resolución No. 07-2016, publicado en el Suplemento 1 del Registro Oficial 894, de 1 de diciembre del 2016, véase en: <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/component/k2/item/132?Itemid=142>

Diccionario de la Lengua Española, Definiciones, Véase en: <http://dle.rae.es>.

López Nieto, Sebastián, “La Cláusula de no Discriminación en los Convenios de Doble Imposición”, Revista Derecho & Sociedad, N° 43, Diciembre 2014 / ISSN 2079-3634), véase en: http://www.berettagodoy.com/wp-content/uploads/2015/03/190_DS_Edicion-43-Derecho-Tributario_S._Lopez.pdf.

Minuche Zambrano, Efrén, “El Principio de la Realidad Económica en el Derecho tributario”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, véase en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1071/elprincipio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Plan Nacional, “El Plan Nacional de Desarrollo 2007–2010”, véase en: <http://www.buenvivir.gob.ec/versiones-plan-nacional#tabs2>

Pontificia Universidad Católica del Ecuador, “Economías de Escala”, Véase en:
<http://www.puce.edu.ec/economia/efi/index.php/economia-internacional/14-competitividad/20-economias-de-escala>.

Servicio de Rentas Internas, “¿Qué son precios de transferencia?”, véase en:
<http://www.sri.gob.ec/web/guest/495>.

Vega Borrego, Félix Alberto, “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario”, Crónica Tributaria nº 104 (2002), véase en:
http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_104_Vega.pdf, pág. 20.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Recurso No. 237-2006-k.r, acceso 25 de octubre de 2016, véase en:
<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/resolucion/frmPDF.jsp?doc=380>

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Recurso No. 357-2011, acceso: 30 de noviembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Recurso No. 442-2010, acceso: 2 de diciembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Recurso No. 0580-2014, acceso 15 de diciembre de 2016, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Recurso No. 63-2013, acceso 15 de enero de 2017, véase en: <http://www.lexis.com.ec>.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Recurso No. 63-2013, véase en: <http://www.lexis.com.ec>, Acceso: 12 de enero de 2017.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO DE LA CORTE
NACIONAL DE JUSTICIA, Recurso No. 63-2013, acceso: 31 de enero de 2017,
véase en: <http://www.lexis.com.ec>.