



**Escuela Superior Politécnica del Litoral
Escuela de Postgrado en Administración de Empresas
Maestría en Tributación**

Tesis de grado previa a la obtención del título de

Magíster en Tributación

Tema

**Tratamiento Tributario de la Subcapitalización
en el Ecuador**

Autora

Abogada Montserrat Carolina Sánchez Álvarez

Director

Economista Jorge Ayala Romero

**Guayaquil-Ecuador
2014**

RESUMEN EJECUTIVO

Las compañías para su funcionamiento y crecimiento requieren de inyección de capital, el cual puede ser financiado por dos vías: la financiación propia (aporte de capital) y la financiación ajena (endeudamiento).

Es frecuente que compañías con estructuras mundiales, opten por el endeudamiento entre las sociedades del grupo, lo que genera un beneficio económico al grupo empresarial; y, una pérdida recaudatoria para la Administración Tributaria del país de la empresa que recibe el préstamo, dado que los intereses son, por regla general, gastos deducibles de su base imponible del impuesto a la renta.

El endeudamiento excesivo de una sociedad con una parte relacionada se denomina subcapitalización. Las reglas para evitar la subcapitalización buscan, en esencia, corregir o neutralizar el efecto de pérdida recaudatoria que origina este financiamiento excesivo realizado a través de préstamos.

En el Ecuador, las reglas objetivas para evitar la subcapitalización, se introdujeron con la expedición de la Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre de 2007, vigente desde el 1 de enero de 2008.

No obstante lo indicado, fallos de la Corte Nacional de Justicia, ratifican la existencia de casos de subcapitalización en el Ecuador en ejercicios económicos anteriores al 2008. En esos casos, la Administración Tributaria, tras los procesos de determinación

respectivos –aplicando el método subjetivo y la facultad discrecional de recalificación del hecho generador previsto en el Código Tributario–, glosó los gastos por intereses de créditos externos a las sociedades auditadas, señalando que éstas estaban subcapitalizadas.

La incorporación de reglas para evitar la subcapitalización es una tendencia mundial. Una muestra de aquello es que en nuestra región, todos los países miembros de la Comunidad Andina mantienen en la actualidad reglas específicas en su legislación interna.




ESCUELA SUPERIOR POLITÉCNICA DEL LITORAL
ESCUELA DE POSTGRADO EN ADMINISTRACION DE EMPRESAS
ACTA DE GRADUACIÓN No. ESPAE-POST-42

APELLIDOS Y NOMBRES	SANCHEZ ALVAREZ MONTSERRAT CAROLINA
Nº DE CEDULA	0916481153
PROGRAMA DE POSTGRADO	Maestría en Tributación
NIVEL DE FORMACIÓN	MAESTRIA
TÍTULO A OTORGAR	Magister en Tributación
TÍTULO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN	TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR
FECHA DEL ACTA DE GRADO	14/11/2014
MODALIDAD ESTUDIOS	SEMIPRESENCIAL
LUGAR DONDE REALIZÓ SUS ESTUDIOS	GUAYAQUIL

En la ciudad de Guayaquil a los catorce días del mes de noviembre del año dos mil catorce a las 11:39:07 horas, con sujeción a lo contemplado en el Reglamento de Graduación de Postgrados de la ESPOL, se reúne el Tribunal de Sustentación conformado por: JORGE ENRIQUE AYALA ROMERO, Director del proyecto de Graduación, y PABLO ARTURO GUEVARA RODRIGUEZ, Vocal; para calificar la presentación del trabajo final de graduación TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR, presentado por la estudiante SANCHEZ ALVAREZ MONTSERRAT CAROLINA.



Para constancia de lo actuado, suscriben la presente acta los señores miembros del Tribunal de sustentación y la estudiante.



PABLO ARTURO GUEVARA RODRIGUEZ
VOCAL



JORGE ENRIQUE AYALA ROMERO
DIRECTOR



FABIAN ARTURO SORIANO IDROVO
VOCAL



SANCHEZ ALVAREZ MONTSERRAT CAROLINA
ESTUDIANTE

TABLA DE CONTENIDO

Capítulo I

Antecedentes	1
--------------------	---

Capítulo II

La Subcapitalización	3
A. Concepto	4
B. Cláusulas Antielusivas	8
C. Métodos para Corregir la Subcapitalización.....	9
a. Método Subjetivo	11
b. Método Objetivo.....	12

Capítulo III

Evolución Legislativa en Ecuador Relacionada con el Régimen Tributario Respecto del Pago de Intereses Generados por Créditos Externos	13
---	----

Capítulo IV

Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia sobre la Subcapitalización	21
A. Casos.....	22
a. Caso Schlumberger Surencó S.A. Sucursal Ecuador v. Director General del Servicio de Rentas Internas, Recurso de casación No. 226-2009	22
b. Caso Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A. v. Director Regional del Servicio de Rentas Internas, Litoral Sur. Recurso de casación No. 544-2010	26
c. Caso Andes Petroleum Ecuador Ltd. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 271-2010	30
d. Caso Andes Petroleum Ecuador Ltd. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 442-2010	32
e. Caso Occidental Exploration and Production Company OEPIC v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 357-2011	34

f. Casos Oleoductos de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 497-2010.....	38
g. Caso Oleoductos de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 601-12.....	41
B. Análisis de la jurisprudencia.....	43
Capítulo V	
Legislación Comparada respecto de Normas para Evitar la Subcapitalización.....	46
A. Países de la Comunidad Andina	47
a. Perú.....	47
b. Bolivia	48
c. Colombia.....	50
B. Régimen Supranacional de la Comunidad Andina.....	52
Conclusiones y Recomendaciones.....	55
Bibliografía	59

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

La presencia del fenómeno de la globalización ha tenido innumerables impactos en el desarrollo empresarial. La evolución de las comunicaciones, incluyendo la posibilidad de realizar simultáneamente planificaciones *intra* grupos, ha permitido a empresas multinacionales aplicar mecanismos que, beneficiando económicamente al grupo empresarial, han generado un detrimento en la captación impositiva de las Administraciones Tributarias de los Estados.

Un mecanismo que durante décadas fue empleado por grupos empresariales fue el de financiar a sus empresas filiales por medio de préstamos, lo cual permitía, porque así lo preveía la legislación tributaria, que la empresa matriz recibiera un rendimiento a través de intereses que eran deducidos de la base imponible del impuesto a la renta de la filial.

Al respecto, es importante mencionar que no existe prohibición expresa en ninguna legislación que evite el endeudamiento. Como veremos más adelante, las actividades empresariales pueden ser financiadas mediante aporte de capital o endeudamiento, la ventaja en esta última forma radica en la deducibilidad de los intereses.

Por esta razón, en las últimas décadas del siglo pasado las Administraciones Tributarias de algunos países, principalmente los europeos, introdujeron en sus legislaciones reglas que limitaran el uso del endeudamiento entre partes relacionadas que

permitía beneficiarse de una reducción fiscal –figura a la que se denominaría subcapitalización– con el fin de evitar la pérdida recaudatoria que ella implicaba.

En los siguientes capítulos veremos qué se entiende por subcapitalización, cuáles son las vías que se usan para evitarla, el remedio que nuestra legislación optó y cómo se fue introduciendo el mismo a nuestra normativa interna, qué ha ocurrido en otros países de la región, entre otros temas.

CAPÍTULO II

LA SUBCAPITALIZACIÓN

Las compañías para su funcionamiento y crecimiento requieren de inyección de capital, el cual puede ser financiado por dos vías: la financiación propia y la financiación ajena.

La financiación propia o aportación de capital se da cuando los recursos económicos surgen de los accionistas o socios de la empresa y su retribución se genera mediante el pago de dividendos, si los hubiere, al final de cada ejercicio económico.

La financiación ajena o endeudamiento consiste, por su parte, en aquella financiación en donde los recursos económicos provienen de préstamos y su retribución se realiza por medio del pago de intereses en períodos definidos, y no depende del resultado de la empresa al final del ejercicio económico.

El análisis a realizarse se centra en aquella financiación ajena que opera entre partes relacionadas ya que la misma es la que genera la figura de la subcapitalización como una práctica que puede ser considerada elusiva, puesto que, como lo indica Nilda Barbetti (2001, pág. 3) “[e]l fenómeno de la subcapitalización provoca que las relaciones que se da entre las filiales y e grupo [sic] del que forma parte sea de encubrimiento de aportación de capital para obtener una ventaja fiscal originada en la supuesta financiación con recursos ajenos”.

A. Concepto

Muchos autores han intentado definir lo que debe entenderse por subcapitalización o infracapitalización. Al respecto, Ana Pita, Roberto Fernández y Carmen Ruiz (1998, pág. 227) expusieron que “[l]a doctrina ha tenido que realizar un esfuerzo para obtener una aproximación conceptual, primero a las operaciones entre sociedades vinculadas y posteriormente a la subcapitalización”.

A continuación revisaremos distintos conceptos o definiciones que respetados organismos y autores han dado respecto de lo que se entiende por subcapitalización:

Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2012, pág. 3) “[u]na compañía se financia (o capitaliza) normalmente a través de una mezcla entre deuda y capital. Se considera subcapitalización cuando la compañía se financia a través de un nivel relativamente alto de deuda respecto del capital”.

Según el profesor español César García (2013, pág. 15), “[e]ntendemos por subcapitalización o infracapitalización de una sociedad aquella situación en la que el capital es menor de lo que debiera (...) En concreto, el supuesto de la subcapitalización consiste en suministrar recursos financieros a una sociedad mediante préstamo cuando por la vinculación existente entre el prestamista y la sociedad, la porción entre los fondos propios y los capitales prestados y las demás circunstancias de la operación puede considerarse que el préstamo encubre una verdadera aportación de capital”.

Andrés León (1998, pág. 157), citando a Lete, explica que *“la subcapitalización, en sentido estricto, puede ser definida como la situación financiera de una sociedad residente en la que el volumen de recursos ajenos respecto de los recursos propios de aquélla supera la proporción que puede considerarse normal respecto de las operaciones que se efectúan en libre concurrencia, buscándose tal situación a través (sic) de préstamos con entidades vinculadas no residentes con un fin de reducción a efectos fiscales del beneficio gravable de la primera sociedad”*. El autor dice compartir tal concepto, pero le agrega *“que se trata de un mecanismo de transferencia indebida de beneficios entre los entes vinculados de una manera anómala (...) que podría ser permitido en la esfera del Derecho mercantil (...) [pero] no lo sería en el ámbito del Derecho Tributario”*.

Para el tratadista Rafael Guasch (2004, pág. 168), *“siempre que exista una desproporción manifiesta entre las cifra totales que expresan las dos vías de financiación [recursos propios versus ajenos], existiría una situación de infracapitalización”*.

El doctor Paz-Arez, citado por el profesor Guasch (2004, pág. 164), define la subcapitalización como *“[c]ualquier desproporción conmensurable -o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente (...) y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social”*.

Para Félix Vega (2002, pág. 7), *“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 (...) la norma sobre subcapitalización realizará las correcciones oportunas con el fin de evitar que se produzca un desajuste en la recta asignación del beneficio a cada uno de los Estados en el que residen los sujetos que intervienen”.

El profesor Manuel Lucas (2000, págs. 260-261) dice que *“la subcapitalización es un caso concreto de operación vinculada. Tal operación vinculada tendría lugar no ya porque los intereses pagados fueran mayores que los que corresponderían en función del mercado, sino porque se produciría una situación de financiación empresarial inconcebible en una situación de independencia”.*

La doctora española María Esteve (1998, pág. 247) señala que la subcapitalización es *“la elevada desproporción entre los fondos ajenos y los fondos propios de que dispone una entidad, de manera que la financiación a través de préstamos u otras modalidades de endeudamiento supera cuantitativamente con gran amplitud al capital propio”.*

Rafael Calvo (1998, pág. 263) indica que *“la subcapitalización (thin capitalization) aparece cuando en el seno de un grupo de sociedades éstas optan por financiarse a través del endeudamiento con otras sociedades del grupo en vez de recurrir a la aportación de capitales”.*

Desde el punto de vista corporativo-mercantil, la subcapitalización, en cambio, hace referencia a la responsabilidad de los accionistas o socios por las deudas de la empresa y, según los autores, esta figura es mejor conocida como infracapitalización y puede darse de forma nominal o material.

Al respecto, Pérez de Ayala (1998, pág. 78), señala que se configura una infracapitalización nominal cuando la compañía *“dispone de suficientes medios financieros, aunque su capital escriturado [aquel que establece su estatuto social] no mantienen adecuada proporcionalidad con la importancia y exigencias de su objeto social, esto es, la financiación de la empresa se hace al margen del capital social”*.

Más adelante, el mismo autor, citando a otros expertos tales como Paz Ares, Pérez de Ayala Becerril (1998, pág. 79), comenta que una infracapitalización nominal *“puede suponer (aunque no siempre) un préstamo simulado cuya función sería sustituir la que debió ser aportación al capital social por parte del socio prestamista; lo que permite calificar al préstamo como un contrato que contiene un elemento de simulación”*. Mientras que, se produce una infracapitalización material cuando la compañía *“no dispone, ciertamente de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social”*.

En el ámbito tributario, el endeudamiento excesivo genera problemas cuando quienes financian la sociedad son sujetos con los que la misma se encuentra relacionada; ya que el resultado de tal financiación, en general, supone un perjuicio recaudatorio para el país del prestatario, especialmente cuando los sujetos relacionados son no residentes.

De las citas realizadas, se extrae que los autores concuerdan en que los elementos característicos de la figura de la subcapitalización y que integran el concepto de la misma son los siguientes: (i) endeudamiento excesivo; (ii) participación de partes relacionadas o vinculadas; (iii) inexistencia de condiciones de mercado en los préstamos.

Adicionalmente, vale la pena acotar que la financiación de una sociedad a través de su endeudamiento tiene, a decir de Ester Bordera y Pere Moles (2008, págs. 584-585), cuatro objetivos principales, que son:

- (i) capitalización de la entidad que recibe el préstamo para cumplir su objeto social;
- (ii) deducción de los intereses;
- (iii) evitar la distribución de dividendos –especialmente en los países en donde el reparto de dividendos genera la obligación de retención en la fuente–; y,
- (iv) traslado de bases imponibles de los beneficios obtenidos.

B. Cláusulas Antielusivas

Ante la conducta de los contribuyentes del empleo de mecanismos que no estaban regulados por la norma, ni expresamente prohibidos por la misma, y que generaron perjuicios al fisco por la disminución de la recaudación del impuesto, el Poder Legislativo de los países ha respondido aplicando las conocidas doctrinariamente como cláusulas antielusivas.

Así, considerada la práctica de la financiación excesiva entre partes relacionadas como subcapitalización, las reglas para limitar dicha conducta entre partes relacionadas constituyen una cláusula antielusiva; y, es concebida como una regla para evitar abusos poniendo un límite a la deducción de los gastos por endeudamiento de la base imponible del impuesto a la renta. Así, con dichas cláusulas se logra corregir las consecuencias de las distribuciones de beneficios encubiertos.

Las reglas para evitar la subcapitalización son normas que regulan los requisitos necesarios para que opere la deducción de los gastos relacionados con el pago de intereses por préstamos al exterior –estas reglas tributarias no operan para préstamos internos¹, porque el ente recaudador de los impuestos es uno solo, lo cual no ocurre cuando el prestamista es una entidad extranjera– entre partes vinculadas o relacionadas. El objeto principal de estas reglas es el de evitar la disminución de recaudación de la Administración Tributaria local por el uso de créditos que –según las reglas– no son proporcionales con el capital de la prestataria.

Se busca evitar la transferencia de bases imponibles desde el país de origen –en nuestro caso Ecuador– al exterior ya que en materia tributaria, en general, los intereses pagados al exterior son deducibles de la base imponible del impuesto a la renta, mientras que los dividendos, al ser distribuidos luego de determinado y pagado el impuesto a la renta, no constituye gasto deducible de su base imponible.

C. Métodos para Corregir la Subcapitalización

La OCDE en un informe sobre subcapitalización realizado en 1987, señaló dos mecanismos o métodos para corregir o neutralizar la misma: el método subjetivo y el método objetivo.

¹ No obstante lo indicado, existe preocupación en la doctrina si dichas reglas deberían aplicarse internamente, especialmente para evitar operaciones fraudulentas mercantiles porque el capital social declarado no da suficiente respaldo a la operación y giro de la compañía.

Antes de entrar en el detalle de lo que cada método implica, es necesario tener presente que la OCDE, a través de sus Comités, establece directrices que tanto los Estados integrantes de la organización, como aquellos que no lo son, pueden tomar como guía para la adecuación de sus legislaciones, pero que no son en sí mismas normas de obligatoria aplicación. A decir del doctor César García Novoa (2013, pág. 13) *“las recomendaciones de la OCDE (...) son reglas aprobadas por un organismo (...) sin capacidad normativa, elaboradas por funcionarios representantes de los Estados miembros ante una organización internacional (...) En suma, las disposiciones de la OCDE adolecen de falta de legitimidad y, por tanto, no tienen la coercibilidad propia de las normas jurídicas”*.

Por lo indicado, más adelante veremos que a partir de los métodos sugeridos por la OCDE para corregir la subcapitalización, diversos estados han formulado las reglas internas que se aplican en sus jurisdicciones, con las modificaciones que han considerado oportunas y necesarias según su realidad.

Tal como lo señala el profesor Eduardo Sanz (2005, pág. 41), *“una norma de subcapitalización estará correctamente construida cuando la misma se fundamente en el análisis comparativo, convenientemente matizados por el análisis funcional. Por tanto, el objetivo a alcanzar es determinar los medios y formas más idóneos para aplicar dichos análisis a la estructura financiera de las entidades pertenecientes a un grupo de sociedades”*.

a. Método Subjetivo

El método subjetivo es aquel en el que se analiza cada caso y sus características, con el fin de establecer si la empresa que obtuvo el préstamo de una parte relacionada o vinculada a ella lo hubiera podido conseguir, en la misma cantidad y condiciones similares, de un tercero independiente, en situaciones de libre competencia.

Con este propósito, y con miras a revelar una posible participación por parte de quien otorga el préstamo en los riesgos de la sociedad que lo recibe, la OCDE sugiere realizar un estudio en el que se comparen los siguientes factores:

- (i) ratio de endeudamiento versus capital antes del endeudamiento;
- (ii) fin del préstamo, en particular si el propósito del mismo es el de cubrir pérdidas;
- (iii) posible conversión del financiamiento ajeno en acciones;
- (iv) vinculación de los intereses a los beneficios societarios; y,
- (v) subordinación del crédito frente a otros acreedores.

Es importante indicar que cuando se aplica el método subjetivo, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Tributaria, pues el objeto de la misma es demostrar si la empresa hubiese conseguido los mismos recursos por un tercero independiente.

b. Método Objetivo

En el método objetivo, por su parte, y como su nombre lo indica, no prima el análisis, sino la configuración o no del presupuesto establecido en la norma. Por ello, la norma es necesaria que exista previa a la situación que se estudia.

Este método consiste en fijar a través de una norma una ratio o coeficiente definido entre los recursos ajenos y los propios. Los valores que superen esta ratio en el préstamo, se deben considerar como aportes de capital.

El método objetivo es el priorizado por la OCDE, pero aceptando que una compañía pueda probar que aquella relación financiera que es debatida o recalificada, cumple con los parámetros normales y se da en forma similar a otras en libre concurrencia del mercado.

Como indica Nilda Barbetti (2001, pág. 8), lo que se pretende con este método es que el requerimiento fiscal sea lo más equitativo posible y que dicha equidad se logre con la implementación de las normas respectivas.

Aquí la carga de la prueba se invierte pues le corresponde al contribuyente demostrar que su crédito no ha superado el coeficiente establecido por la legislación o que, pese a superarlo, es conforme al principio de plena competencia –en aquellas jurisdicciones en donde tal análisis es admitido por la legislación–.

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN ECUADOR RELACIONADA CON EL RÉGIMEN TRIBUTARIO RESPECTO DEL PAGO DE INTERESES GENERADOS POR CRÉDITOS EXTERNOS

Partiendo de la condición general de que el gasto es deducible, siempre que el mismo sea realizado con el propósito de generar, mantener o incrementar la renta gravada, veremos la evolución legislativa que ha operado en el Ecuador, que incorpora requisitos específicos en la norma tributaria, para que el pago de intereses sobre créditos externos sea un gasto deducible.

En Ecuador, históricamente, el pago de intereses y comisiones sobre créditos externos que estuvieren registrados en el Banco Central ha sido deducible y no ha estado sujeto al impuesto a la renta, ni sometido a retención en la fuente. El numeral 3 del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario publicada en el Registro Oficial No. 341 de 22 de diciembre de 1989, así lo disponía.

Posteriormente, en la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas, se modificó expresamente el referido numeral 3, eliminándose a las comisiones y agregándose que, para ser deducibles, los intereses sobre créditos externos no podían exceder 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 tales intereses excedían de las tasas

máximas, se debía efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que tal pago sea deducible.

Estos requisitos se mantuvieron en las codificaciones de la Ley de Régimen Tributario Interno. Años más tarde, la Asamblea Constituyente expidió la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre de 2007, en la cual se introdujo, entre otras modificaciones, una al numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario –artículo que se refiere a las deducciones aplicables para la obtención de la base imponible² del impuesto a la renta– y otra importante reforma en el artículo 13 –que se refiere a los pagos al exterior–.

Los requisitos generales previamente señalados para la deducción del gasto por intereses se mantuvieron, i.e., (i) que los intereses no excedan de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central; y, (ii) que el crédito esté registrado en el Banco Central; y, se incorporó un inciso que establece requisitos adicionales, que constituyen las reglas para evitar la subcapitalización en el Ecuador, con el siguiente texto: *“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”*.

² La base imponible del impuesto a la renta conforme lo dispone el artículo 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno, está constituida por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados con el impuesto, menos las devoluciones, descuentos, costos, gastos y deducciones, imputables a tales ingresos.

Adicionalmente, se eliminó del artículo 13 –artículo en el cual se establece qué pagos al exterior no estarán sujetos al impuesto a la renta en el Ecuador ni se someten a retención en la fuente– la referencia a los créditos externos en general, limitando tal beneficio a los intereses de créditos externos, exclusivamente a los pagados por créditos de gobierno a gobierno o concedidos por organismos multilaterales, siempre que cumplieran con los requisitos generales. Por tanto, el total de los intereses generados por créditos externos que no sean otorgados por dichas instituciones, pasaron a encontrarse sometidos a la retención en la fuente del impuesto a la renta.

Fue así que se introdujo en el Ecuador por primera vez una disposición que establece expresamente las reglas para evitar la subcapitalización. Esta regla, por estar relacionada con el impuesto a la renta que es un tributo cuya determinación y liquidación se realiza en períodos anuales³, fue aplicable desde el 1 de enero de 2008.

No obstante lo anterior, es importante mencionar que, tal como lo veremos en el capítulo relacionado con la jurisprudencia ecuatoriana, antes de la introducción de las reglas para evitar la subcapitalización, la administración tributaria había solicitado la aplicación de esta figura jurídica –de la subcapitalización– al amparo del artículo 17 del Código Tributario que establece la posibilidad de recalificar el hecho generador del tributo. Así, según el criterio de la Administración Tributaria, el artículo 17 del Código Tributario podría considerarse una norma estándar que puede ser usada para evitar la subcapitalización; no obstante lo cual, es evidente que la tendencia a nivel mundial es

³ Así lo señala el artículo 11 del Código Tributario que establece la vigencia de la ley en materia tributaria.

establecer reglas precisas y de carácter objetivo, que limiten –en general– la discrecionalidad de la administración tributaria en los procesos de determinación tributaria.

En el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 1051, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 337 del 15 de mayo de 2008, en concordancia con las reformas legales previamente mencionadas, se estableció en el numeral II del artículo 27 con más detalle la aplicación de la norma introducida en la Ley; así, serían deducibles los intereses generados por créditos externos de la siguiente manera:

- (i) Para las sociedades, cuando no excediera del 300% la relación entre el total del endeudamiento externo y el capital social.
- (ii) Para las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, cuando no excediera del 60% la relación entre el total del endeudamiento externo y los activos totales.
- (iii) Para las sucursales extranjeras, cuando no excediera del 300% la relación entre el total del endeudamiento externo y el capital asignado. Si el crédito externo provenía de sus casas matrices no se consideraba como tal.
- (iv) Para los consorcios de empresas petroleras que carecían de personería jurídica, cuando no excediera del 300% la relación entre el total del endeudamiento externo y la diferencia neta entre sus activos y pasivos consorciales. No se consideraban los montos que fueren consecuencia de ajustes contables, ni se consideraban créditos externos los recibidos por los integrantes del consorcio de sus casas matrices.
- (v) Para las sociedades de hecho y demás sociedades carentes de personería jurídica, cuando no excediera del 300% la relación entre el total del

endeudamiento externo y la diferencia neta entre sus activos y pasivos. No se consideraban los montos que fueren consecuencia de ajustes contables.

- (vi) Para los fideicomisos mercantiles, cuando no excediera del 300% la relación entre el total del endeudamiento externo y la sumatoria de los aportes efectuados por los constituyentes y adherentes.

Si las relaciones de endeudamiento excedían el límite al momento de devengar el gasto por concepto de interés, no sería deducible la porción del gasto generado sobre el excedente de la relación respectiva, sin perjuicio de la retención en la fuente del impuesto a la renta aplicable. Adicionalmente, si la tasa de crédito externo superaba la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador para créditos externos, los intereses no serían deducibles en la parte que excediere de dicha tasa.

Como se puede apreciar, las reglas para la deducción y retención en la fuente de intereses pagados por créditos externos se modificaron sustancialmente, respecto de las que estuvieron vigentes antes de la expedición de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador.

Poco tiempo después, la Asamblea Constituyente expidió la Ley Orgánica Reformatoria e Interpretativa a la Ley de Régimen Tributario Interno, al Código Tributario, a la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador y a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392 del 30 de julio de 2008, considerando que las normas tributarias por ella dictada debían modificarse e interpretarse, de manera que la legislación tributaria cumpla su objetivo sin distorsiones. En esta Ley se modificó el tercer inciso del numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno incluyéndole la característica de que los créditos

externos a los que aplican la ratio de 3:1 –300%– son aquellos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas y que la relación se haría respecto al patrimonio cuando se trate de sociedades. También se agregó un inciso que establece que los intereses que se paguen en exceso de las relaciones respectivas no son deducibles.

Además, debido a las dudas respecto de la aplicación de las nuevas reglas señaladas para créditos externos obtenidos y registrados antes de la vigencia de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, en la misma Ley señalada en el párrafo anterior, la Asamblea Constituyente incluyó en su artículo 18 la Norma Interpretativa de los artículos 10 y 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno señalando que *“los nuevos requisitos, para que los intereses y costos financieros de créditos externos (...) sean deducibles de la base imponible para el cálculo de impuesto a la renta y susceptibles de retención en la fuente, son aplicables a los contratos de crédito registrados en el Banco Central del Ecuador a partir de la vigencia de la referida Ley (...) Los contratos de crédito registrados (...) se someterán al régimen legal vigente a la época del registro o suscripción. Esta norma tiene el carácter de transitoria, se aplicará hasta la finalización del plazo de los financiamientos o contratos de préstamo (...) sin que sea aplicable a las prórrogas, novaciones o cualquier modificación que afecte sus condiciones originales”*.

El Reglamento fue modificado mediante Decreto Ejecutivo 1364, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 442 del 8 de octubre de 2008, y, en lo referente a los créditos externos, se sustituyó el numeral II del artículo 27 adaptándolo al cambio introducido en la Ley de Régimen Tributario Interno. Los principales cambios fueron: (i) se incorporó un segundo inciso antes de detallar las relaciones máximas de endeudamiento, en el cual se estableció que tales condiciones de relación serían aplicables para créditos

externos con partes relacionadas; (ii) se modificó el criterio para considerar la relación máxima en el caso de: (a) las sociedades, por la relación entre el total del endeudamiento externo y el patrimonio de la sociedad –antes se hacía la relación con el capital social–; (b) las sucursales extranjeras, por la relación entre el total del endeudamiento externo y el patrimonio asignado –antes se hacía la relación con el capital asignado–; (iii) se eliminó la referencia de la no consideración de los montos que fueren consecuencia de ajustes contables en el caso de los consorcios y de las sociedades de hecho y demás sociedades carentes de personería jurídica; (iv) finalmente, se modificó el momento en el cual debía considerarse si la relación de deuda excedía el límite establecido, al momento del registro del crédito en el Banco Central –antes se lo consideraba al momento de devengar el gasto por concepto de interés–.

En el Suplemento del Registro Oficial No. 209 del 8 de junio de 2010 se publicó un nuevo Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 374. La deducción por pagos al exterior consta en el artículo 30 de dicho cuerpo legal con los mismos términos establecidos en la última reforma del Reglamento que ya hemos analizado.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010, introdujo en el numeral 2 del artículo 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno un nuevo tipo de crédito externo que no estaría sometido a impuesto a la renta en el Ecuador, ni a la retención en la fuente por dicho impuesto. Así, los pagos de intereses de créditos externos y líneas de créditos abiertas por instituciones financieras del exterior –siempre que dichas

instituciones no estuvieren domiciliadas en paraísos fiscales y cumplan con los requisitos generales de registro en el Banco Central y de tasas inferiores a las máximas referenciales– tendrían el referido beneficio.

Finalmente, en una reforma al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (sic) realizada mediante el Decreto Ejecutivo No. 732 publicado en el Registro Oficial No. 434 del 26 de abril de 2011, se agregó el inciso al final del numeral II del artículo 30 del Reglamento que establece que “[n]o *serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición*”, con lo cual el reglamento guarda armonía con la última reforma de la ley con relación a la materia que nos ocupa.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA SUBCAPITALIZACIÓN

Como se indicó previamente, las normas para regular la subcapitalización en el Ecuador fueron introducidas al sistema legal interno mediante la reforma realizada a la Ley de Régimen Tributario Interno a través de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada el 29 de diciembre de 2007 y que entraron en vigencia el 1 de enero del año siguiente.

No obstante lo indicado, la Administración Tributaria, amparada en lo dispuesto en el artículo 17 del Código Tributario⁴, consideró en diversos procesos determinativos sobre ejercicios económicos anteriores al 2008, que los préstamos entre personas vinculadas no podían ser deducidos de la base imponible del impuesto a la renta por tratarse de subcapitalizaciones.

Con estos antecedentes, la Administración Tributaria estableció glosas a empresas que tenían registrados préstamos entre vinculadas. Dichas glosas fueron impugnadas y posteriormente se presentaron recursos de casación contra las sentencias del Tribunal

⁴ El artículo 17 del Código Tributario se refiere a la calificación del hecho generador y dice que “*Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.*”

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”.

Distrital de lo Fiscal. Es así que la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones hasta la presente fecha sobre la subcapitalización.

De las sentencias de la Corte Nacional de Justicia se han presentado Acciones Extraordinarias de Protección ante la Corte Constitucional, algunas de las cuales continúan pendientes de resolución.

A. Casos

A continuación se analizan brevemente algunos casos⁵ junto con la resolución respectiva de la Sala de lo Contencioso Tributario:

a. Caso Schlumberger Surencó S.A. Sucursal Ecuador v. Director General del Servicio de Rentas Internas, Recurso de casación No. 226-2009

En abril de 2005 el SRI emitió la orden de determinación correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2001 de la compañía Schlumberger Surencó S.A. Sucursal Ecuador (SLB). Luego del proceso respectivo, en marzo de 2006 SLB fue

⁵ Dado que se ha podido acceder a pocas actas de determinación –entregadas por el SRI previo a una solicitud formal y escrita– y material más específico sobre algunos casos, el grado de detalle en este capítulo variará conforme a la documentación obtenida.

La información para este análisis académico se obtuvo de los expedientes –documentos públicos– que reposan en la Corte Nacional de Justicia y en la Corte Constitucional –en aquellos casos en que se presentó Acción Extraordinaria de Protección–.

notificada con el Acta de Determinación levantada a su cargo que incluía una glosa por intereses y comisiones al exterior.

SLB impugnó el Acta de Determinación ante el SRI dentro del término previsto en el artículo 115 del Código Tributario. En septiembre del mismo año, SLB fue notificada con la resolución del Director Regional Norte del SRI, en la que se confirmó la glosa por intereses y comisiones al exterior. En octubre SLB presentó ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 la demanda de impugnación en contra de la referida resolución.

Paralelamente, en abril de 2006 el SRI emitió otra orden de determinación, ésta correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2002. Al igual que en la determinación anterior, el resultado del proceso de auditoría fue un Acta de Determinación que incluía una glosa por intereses y comisiones al exterior y que le fue notificada a SLB en abril de 2007.

Asimismo, SLB impugnó el Acta de Determinación ante el SRI dentro del término permitido. En octubre de 2007 le fue notificada la resolución del Director Regional Norte del SRI en la que también confirmó la glosa por intereses y comisiones al exterior. Esta resolución fue impugnada ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1.

Meses después y dado que ambos procesos tenían identidad de partes y de pretensiones, la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 aceptó y ordenó la acumulación de ambos procesos.

Uno de los argumentos de SLB era que en los años materia de la determinación, i.e. 2001 y 2002, no existía en el Ecuador ninguna norma antisubcapitalización, ya que la misma se incorporó por primera vez a partir del 1 de enero de 2008.

La Segunda Sala del Tribunal de lo Fiscal No. 1 de Quito aceptó parcialmente las impugnaciones presentadas por SLB y declaró la invalidez legal, en parte, de las Resoluciones del SRI que establecían glosas en contra de SLB. En la sentencia, la Segunda Sala determinó que no había evidencia de que SLB tuvo el propósito de obtener una provisión de fondos o que su intención no fue la de obtener un préstamo; por el contrario, dijo que SLB realizó un préstamo al exterior. Amparada, entre otros derechos constitucionales, en la seguridad jurídica, la libertad de empresa, de trabajo y contratación y el debido proceso, dejó sin efecto la glosa de intereses y comisiones al exterior.

El SRI solicitó la aclaración de la sentencia y luego presentó el recurso de casación argumentando que cuando se recibe financiamiento de una compañía relacionada éste constituye una provisión de fondos o aporte de capital y que para evitar el pago de impuesto a la renta sobre utilidades se celebró un contrato de préstamo, debiendo prevalecer la verdadera naturaleza sobre la forma escogida.

A pesar de no contar con los detalles de la operación crediticia puesto que los mismos no constan en la sentencia de casación, de la lectura de la sentencia de impugnación se infiere que existió una celebración válida y efectiva de los contratos de mutuo, que los préstamos fueron registrados en el Banco Central del Ecuador, que se fijó una tasa de interés; y, que los fondos recibidos por medio de los préstamos fueron utilizados como capital de operación en el giro normal del negocio.

El 27 de julio de 2010 la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia casó, en sentencia de mayoría –de los doctores José Vicente Troya Jaramillo y José Suing Nagua–, la sentencia del inferior y confirmó las glosas por intereses y comisiones al exterior. El doctor Gustavo Durango Vela salvó su voto.

Al analizar la glosa de subcapitalización dijo la Sala, “[h]uelga advertir que la interpretación es siempre una operación jurídica, no económica”. Más adelante dicen “dos son los grandes principios rectores del sistema tributario y de los tributos en particular, el de legalidad (...) y el de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad contributiva”.

En su voto salvado el doctor Durango dijo, luego de analizar el cambio legislativo con relación a los créditos del exterior, que “en el año 2001, si la única condición era que el préstamo esté registrado en el Banco Central, es porque no [se] quiso imponer otra condición o requerimiento previo, y por eso la ley no lo señaló, mucho menos podría haberlo hecho el Servicio de Rentas Internas a pretexto de realizar una interpretación de la ‘realidad económica’ prevista en el art. 17 del Código Orgánico Tributario, pues de aceptarse su alegación, se daría el absurdo que en el ejercicio 2010 sean deducibles los pagos por intereses por créditos entre empresas vinculadas que no sobrepasen el 300% de su patrimonio, condición fijada en la ley de 31 de julio de 2009, y para el 2001 no se admita la deducción por la aplicación que pretende hacer la Administración Pública Tributaria”, por lo que rechaza el recurso de casación interpuesto por el SRI.

Schlumberger solicitó aclaración y ampliación de la sentencia de casación. Posteriormente, presentó una acción extraordinaria de protección que no fue admitida a trámite.

b. Caso Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A. v. Director Regional del Servicio de Rentas Internas, Litoral Sur. Recurso de casación No. 544-2010

En julio de 2008 el SRI emitió la orden de determinación correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2005 de la compañía Acromax Laboratorio Químico Farmacéutico S.A. (Acromax). Luego del proceso respectivo, en julio de 2009 Acromax fue notificada con el Acta de Determinación levantada a su cargo que incluía una glosa por intereses pagados al exterior.

Acromax impugnó el Acta de Determinación ante el SRI dentro del término previsto en el artículo 115 del Código Tributario. En enero de 2010, Acromax fue notificada con la resolución del Director Regional del SRI, Litoral Sur en la que declaró la validez del acta de determinación y confirmó la glosa por intereses pagados al exterior. A continuación estudiaremos la Resolución del SRI referida.

Los detalles de la operación de crédito, según constan en la Resolución del SRI que ratifica el acta de determinación son los siguientes:

Acromax suscribió en julio de 2001 un contrato de préstamo por USD10,000,000.00 con la compañía Global Trademarks Inc. La compañía Global

Trademarks Inc. es la principal accionista de Acromax con una participación superior al 90%. El dinero producto del préstamo fue utilizado para la compra de acciones de la empresa ecuatoriana Laboratorios Ecuarowe S.A.

Posteriormente, el 26 de junio de 2005 la obligación fue renovada por USD7,324,623.00 con una tasa de 9%. El objeto del préstamo era que se invierta en capital de trabajo, principalmente en la renovación y compra de activos fijos.

El 29 de noviembre de 2005 la Junta General de Accionistas de Acromax se reunió y aprobó aumentar el capital social en USD7,100,000.00 mediante compensación de acreencias, entre la que constaba una porción de la deuda por préstamo de Global Trademarks Inc. y sus intereses.

Según lo narrado por el SRI, dentro de la negociación la compañía Acromax decidió no cancelar a la casa matriz sino pagar la inversión en activos. El préstamo junto con su renovación generó intereses por USD900,000.00 que no fueron pagados a Global Trademarks Inc., sino que fueron provisionados en la cuenta "*Intereses por pagar*".

El préstamo fue registrado en el año 2001, pero en ninguno de los años posteriores fue pagado hasta que se decidió el aumento de capital previamente señalado.

Los principales argumentos del SRI en el Reclamo administrativo fueron que: (i) los fondos recibidos por la compañía y que fueron considerados como préstamo en realidad fue una capitalización de la compañía realizada por su principal accionista; (ii) el crédito representa el 65% del total del pasivo y el 56% del total del activo; (iii) al 2005 la

compañía no podría garantizar el pago del capital e intereses de nuevas obligaciones contraídas; (iv) ningún prestamista otorgaría un préstamo a una compañía que no fuera capaz de cumplir con sus obligaciones, por lo que un tercero independiente, en situación de mercado, no hubiera otorgado el crédito a la compañía; (v) esta práctica es la conocida como subcapitalización que tiene por finalidad reducir el beneficio tributario de la sociedad filial; (vi) bajo ninguna circunstancia los aportes patrimoniales generan intereses por lo que un accionista no puede recibir intereses como beneficio de sus aportes; (vii) bajo la figura de un préstamo el contribuyente se benefició tributariamente de una deducción contabilizando el gasto en sus estados financieros. Inclusive, los valores por intereses fueron después compensados y enviados a la cuenta patrimonial de la compañía, con lo cual se demostró que la esencia de esos valores siempre fueron un aporte patrimonial.

Los principales argumentos de Acromax fueron que: (i) la resolución de la Administración Tributaria carecía de motivación legal para sustentar que no existió un préstamo; (ii) no existía norma jurídica que prohibiera que una accionista preste dinero; (iii) las normas que regulan los precios de transferencia obligan a cobrar intereses por los préstamos; (iv) la tasa de interés cobrada siempre fue menor que las que ofertaban instituciones financieras; (v) nunca se ha negado ser partes relacionadas; (vi) la subcapitalización para motivar legalmente como un argumento de un gasto no deducible debe estar instrumentada por ley.

Tras haber sido notificada con la Resolución que confirmaba la glosa, Acromax presentó ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 la demanda de impugnación respectiva. La causa fue conocida por la Cuarta Sala Temporal del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 que resolvió aceptar la impugnación de Acromax y, verificando los requisitos

formales de un contrato de préstamo, señalaron que el préstamo materia de análisis los cumplía por lo que dio de baja la glosa por intereses pagados a terceros en el exterior.

El SRI presentó recurso de casación argumentando que *“desde la suscripción del contrato de préstamo hasta su renovación, el actor [Acromax] nunca desembolsó dinero para pagarlo sino que, más bien se valió de esas figuras jurídicas [préstamo] para beneficiarse de una deducción y así disminuir su base imponible”* y que *“se pretende hacer creer de la existencia de un préstamo que en cinco años nunca fue cancelado sino que luego fue capitalizado, lo que igual sucedió con los intereses que se pretende considerar como gasto deducible”*.

La Sala de casación, integrada por los doctores José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia y Gustavo Durango Vela, en su sentencia del 29 de junio de 2012, entre sus consideraciones expresó que como no existió el pago de los intereses que fueron únicamente provisionados, no pueden ser considerados gastos deducibles porque no existe tal gasto que tiene que ser real, por lo que casó la sentencia y confirmó la glosa establecida por la Administración.

No consta en la base de datos digital de la Corte Constitucional que Acromax hubiere presentado una acción extraordinaria de protección de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia.

c. Caso Andes Petroleum Ecuador Ltd. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 271-2010

El SRI emitió la orden de determinación correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2001 de la compañía Andes Petroleum Ecuador Ltd. (Andes). Luego del proceso respectivo, Andes fue notificada con el Acta de Determinación levantada a su cargo que incluía una glosa por intereses pagados al exterior, acta que impugnó ante la Administración Tributaria y fue ratificada por la misma.

En mayo de 2006 Andes impugnó la Resolución del SRI ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1. La sentencia de la Quinta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 dentro del juicio de impugnación ratificó que se trataba de una provisión de fondos entre empresas vinculadas por lo que confirmó la glosa respecto de los intereses pagados al exterior y rechazó la totalidad de la impugnación presentada por Andes.

Andes argumentó en su recurso, respecto de los intereses y comisiones al exterior, que en la sentencia existió falta de aplicación de los principios de legalidad y de reserva de ley, falta de aplicación de artículos del Código Tributario así como falta de aplicación del artículo 17 del mismo cuerpo legal. Indica que *“la potestad de la administración no puede rebasar los límites de razonabilidad ni alterar los requisitos legales definidos en materia de deducción de impuestos”*.

El SRI alegó que *“es obligación de la Administración de Justicia determinar la verdadera esencia económica que subyace tras los fingidos contratos de préstamo en que*

se basan los gastos de intereses que fueron glosados”; más adelante dijo que *“corresponde a los señores jueces y en su momento a la Administración Tributaria, analizar la aplicación del principio de realidad económica cuya interpretación supone desconocer la eficacia de los efectos jurídicos tributarios si las partes han distorsionado la realidad de una operación económica utilizando una forma jurídica inapropiada que busca el propósito meramente fiscal de generar deducciones para evitar el pago del impuesto a la renta”*.

Respecto de los créditos externos señaló que: (i) *“son formas jurídicas o contratos utilizados por la empresa actora junto con sus empresas relacionadas con la única finalidad de aplicarse deducciones de intereses”*; y, (ii) cuando el financiamiento proviene de una compañía relacionada constituye una provisión de fondos o aporte de capital que debe contabilizarse como aumento de capital y no como préstamo.

En la sentencia no se dan mayores detalles de la operación crediticia que sería recalificada como aportación de capital. No obstante lo indicado, en la acción extraordinaria de protección se señala que el crédito fue contraído por Andes en 1998 con las compañías relacionadas Moraine Ltd. y Banff Holdings Ltd. y en 1999 con la compañía Peyto Limited⁶. Según señala el SRI, del 100% del pasivo más patrimonio, el pasivo representa el 75,64%, del cual el préstamo con la compañía relacionada Alberta Energy International (Barbados) Ltd. corresponde al 48,96% del total de pasivo más patrimonio.

⁶ Hubo fusiones y cesiones de derechos entre las compañías acreedoras por lo que la compañía que era acreedora a la fecha de la determinación de la totalidad de los préstamos era la compañía Alberta Energy International (Barbados) Ltd.

La Sala Especializada, conformada por los doctores José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia y Gustavo Durango Vela, consideró en su sentencia del 1 de agosto de 2012, que no hubo aplicación indebida, falta de aplicación o equivocada aplicación de preceptos legales por lo que el Tribunal A quo actuó conforme a derecho. Por lo indicado, no casó la sentencia en la parte que se refería a los intereses pagados al exterior.

Según consta en la base de datos digital de la Corte Constitucional, la Acción Extraordinaria de Protección presentada por Andes en octubre de 2012, fue admitida a trámite en enero de 2013 y se encuentra pendiente de resolución por parte de dicha Corte.

d. Caso Andes Petroleum Ecuador Ltd. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 442-2010

El SRI emitió la orden de determinación correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2002 de la compañía Andes. Luego del proceso respectivo, en marzo de 2007, Andes fue notificada con el Acta de Determinación levantada a su cargo que incluía una glosa por intereses pagados al exterior, acta que impugnó ante la Administración Tributaria y fue ratificada por la misma en octubre de 2007.

Como en el caso anterior, la compañía impugnó la resolución del SRI ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 el cual, luego del proceso respectivo, en su sentencia de mayoría dictada en junio de 2010, aceptó parcialmente la demanda de Andes, rechazó la glosa de intereses, negando la aplicación del Art. 17 por parte del SRI para recalificar un crédito externo como aporte de capital.

Dentro del término permitido, tanto el representante de Andes –en relación con otras glosas–, como el SRI interpusieron los recursos de casación respectivos.

Los alegatos de las partes respecto de la glosa de créditos externos son básicamente los mismos que en el caso anterior. Y, al igual que lo ocurrido en la sentencia 271-2010, en esta no constan detalles del funcionamiento de la operación crediticia recalificada como aportación de capital, mas de la acción extraordinaria de protección se obtienen los mismos datos que en el caso precedente.

Al analizar la glosa, la Sala de casación señala 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 corresponde 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 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”*.

Más adelante dice que *“en éste y en otros casos similares, 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”*, por ello, en su sentencia del 14 de septiembre de 2012, admite el recurso de casación planteado por el SRI y señala que existe una provisión de fondos o subcapitalización entre partes relacionadas.

Conforme refleja la base de datos digital de la Corte Constitucional, Andes presentó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en octubre de 2012, fue admitida a trámite en enero de 2013 y se encuentra pendiente de resolución.

e. Caso Occidental Exploration and Production Company OEPC v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 357-2011

En abril del año 2005, el SRI emitió la orden de determinación correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2001 de la compañía Occidental Exploration and Production Company (OEPC). Luego del proceso respectivo, en abril de 2006 OEPC fue notificada con el Acta de Determinación No. 1720060100176 levantada a su cargo que incluía una glosa por intereses pagados al exterior.

En el Acta de Determinación No. 1720060100176 del ejercicio económico 2001, el SRI detalla la operación de crédito de la siguiente manera:

En agosto de 1999 OEPC suscribió un contrato de crédito revolvente “*revolving credit agreement*” y un pagaré del crédito revolvente “*revolving credit note*” con Occidental South America Finance LLC (OSAF) por USD170,000,000.00, con vencimiento de un año. El contrato operó como una línea de crédito, en virtud de la cual OEPC registró el mismo mes y año un préstamo, por un año, por USD156,970,000.00 con una tasa del 11,75% anual.

El año siguiente, al vencimiento del crédito, OEPC y OSAF suscribieron un alcance al contrato original y un nuevo pagaré con vigencia de un año y con una tasa de interés de 14,5% anual.

El SRI señala que “[e]l préstamo formalizado con OSAF LLC sustituyó el saldo de provisión de fondos de Casa Matriz, *Occidental Exploration and Production Company* (...) al 31 de julio de 1999, por el valor de US\$ 156.969.468. La provisión de fondos de la Casa Matriz, que a su vez es la contratista con el Estado, no constituye un préstamo, tanto es así que no podía y de hecho no generaba intereses. Por lo tanto, la suscripción del convenio de crédito ‘*revolving credit agreement*’ solamente constituyó una formalidad cumplida dentro del mismo grupo corporativo, con el propósito de beneficiarse localmente de la deducción de intereses”.

Al 31 de diciembre de 2000 los préstamos otorgados por OSAF a OEPC eran aproximadamente de USD8,000,000.00; y, durante el 2001 siguió haciendo desembolsos a favor de OEPC que se registraban en el Banco Central del Ecuador y tenían como fecha de vencimiento el mes de agosto de 2001. Previo al vencimiento, las compañías acordaron modificar el monto de la línea de crédito a USD350,000,000.00 y renovar el saldo acumulado hasta entonces, aproximadamente USD120,000,000.00 a un año plazo con una tasa de interés del 14,5% anual.

OSAF continuó desembolsando valores a favor de OEPC que fueron debidamente inscritos en el Banco Central del Ecuador y cuyo saldo, al final del año 2001 fue de USD242,451,324.45. La compañía OEPC realizó dos abonos al capital en los meses de marzo y noviembre por USD2,887,425.32 y USD15,674,861.21, respectivamente. Para el

SRI estos fueron *“montos insignificantes respecto del valor total y que no revela una verdadera intención de pago de la acreencia que mantiene la compañía”*.

Adicionalmente, según indicia el SRI, la compañía al vencimiento del plazo establecido en los contratos *“únicamente [realiza pagos de] los intereses, excepto por lo mencionado en el párrafo anterior (...) Esto evidencia que la compañía recibió bajo figura de préstamos una provisión de fondos”*.

Argumenta que OSAF es una empresa relacionada de la matriz de OEPC y que *“al constituir las compañías prestamista y prestataria un solo ‘conjunto económico’ no existe una relación deudor-acreedor entre ellas”*.

También alega que el capital suscrito de OEPC no es suficiente para el funcionamiento normal de la compañía y que, por este y otros motivos, OEPC no hubiera podido obtener un préstamo en condiciones normales de un tercero independiente. Estos argumentos llevan al SRI a no reconocer como deducible el gasto por intereses registrado por OEPC.

Tras la notificación del Acta de Determinación, OEPC presentó el reclamo administrativo pertinente, en mayo de 2006, impugnando el Acta de Determinación No. 1720060100176. El SRI emitió su Resolución Administrativa para resolver el reclamo en octubre del mismo año. En su Resolución Administrativa No. 117012006RREC0026951 el SRI ratificó las glosas levantadas.

En noviembre de 2006, OEPC presentó ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 la demanda de impugnación en contra de la Resolución Administrativa señalada, impugnación que fue conocida por la Primera Sala y luego, por un re-sorteo, por la Quinta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1.

Casi cinco años más tarde, la Sala de impugnación dictó sentencia en agosto de 2011, rechazando íntegramente la demanda presentada por OEPC. Por este motivo, dentro del término legal, la compañía interpuso el recurso de casación respectivo.

La Sala de casación, integrada por los doctores José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia –quien salvó su voto– y Gustavo Durango Vela, dictó sentencia en diciembre de 2012. En su sentencia, la Sala al referirse a la glosa de gastos por intereses pagados al exterior dice que *“el cuestionamiento se centra en determinar la naturaleza de las obligaciones que han generado el pago de intereses, si se tratan efectivamente de préstamos o si son provisión de fondos como lo sostiene la Administración Tributaria”*. Más adelante menciona *“[e]n el presente caso la duda está centrada en la existencia del crédito”*.

Termina el análisis de esta glosa señalando que *“la naturaleza de la operación crediticia se cuestiona, en tanto únicamente se cubren intereses, más [sic] no capital, cual [sic] hubiera sido la consecuencia de un verdadero préstamo; (...) 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 lo expuesto, se confirma la glosa”*.

OEPC solicitó la aclaración de la sentencia, pedido que fue negado por la Sala en enero de 2013.

Según consta en la base de datos digital de la Corte Constitucional, OEPC presentó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en febrero de 2013. El 20 de marzo de 2014 la Sala inadmitió a trámite la acción extraordinaria de protección solicitada por OEPC.

f. Casos Oleoductos de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 497-2010

En el mes de abril de 2007, la compañía Oleoductos de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. (OCP) fue notificada con la orden de determinación emitida por el SRI emitida con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias referentes al Impuesto a la Renta correspondiente al ejercicio económico 2003.

En marzo de 2008 la Administración Tributaria emitió el Acta de Determinación No. 1720080100033 en la que se establecen varias glosas, entre ellas una bajo el concepto de subcapitalización. OCP interpuso el correspondiente Reclamo Administrativo impugnado las glosas emitidas. El SRI expidió la Resolución Administrativa pertinente en octubre de 2008 ratificando las glosas.

Dentro del término legal, OCP presentó una acción de impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, correspondiendo el conocimiento de la misma a la Primera

Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y posteriormente a la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, en virtud de un resorteo. La Cuarta Sala expidió la sentencia en agosto de 2010 desechando la demanda y ratificando las glosas establecidas por el SRI. Por ello, la compañía OCP presentó el recurso de casación respectivo que fue rechazado, llevando a la compañía a presentar un recurso de hecho que habilitó llevar el caso a casación.

La Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia conformada por los doctores José Suing Nagua, Maritza Tatiana Pérez Valencia –quien salvó su voto– y Gustavo Durango Vela, dictó sentencia en julio de 2013. En su decisión de mayoría, la Sala *“acepta parcialmente el recurso de casación propuesto”*.

Indicó respecto de los requisitos para que proceda la deducción del pago de intereses por préstamos externos que las reformas que incluyeron las reglas de la subcapitalización que *“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 (...), no es menos cierto en que en el 2003 [ejercicio económico materia del análisis], no existía tales condiciones”*.

Inmediatamente se pronunció respecto de los casos similares en los que se habían aceptado una glosa por subcapitalización diciendo que *“sin embargo, esta Sala en casos similares (...) 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 (...) 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 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”.

Por lo indicado, la Sala anuló la glosa que bajo la figura de subcapitalización se había generado. Ante la decisión de la Sala, tanto el SRI como OCP presentaron pedidos de aclaración y ampliación que fueron resueltos en septiembre del mismo año.

En el sistema electrónico de la Corte Constitucional consta que el SRI presentó una acción extraordinaria de protección el 2 de octubre, la misma que fue admitida a trámite el 31 del mismo mes. Correspondió, por sorteo, el conocimiento de la causa a la Dr. Ruth Seni. El 26 de diciembre la Corte Constitucional resolvió mediante sentencia No. 132-13-SEP-CC lo siguiente: *“1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y a la seguridad jurídica; 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planeada; 3. Como medida de reparación integral (...) 3.1. Dejar sin efecto la sentencia emitida el 18 de julio de 2013 (...); 3.2. Retrotraer el proceso hasta el momento anterior al de dictar sentencia de casación, disponiendo que los conjuces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, resuelvan el recurso, conforme a la Constitución, la Ley y la jurisprudencia dictada por esta Corte”*.

Por lo dicho, el caso se encuentra nuevamente pendiente de resolución por parte de la Corte Nacional de Justicia.

g. Caso Oleoductos de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. v. Director General y Regional Norte del Servicio de Rentas Internas. Recurso de casación No. 601-12

El SRI emitió la orden de determinación correspondiente al impuesto a la renta del ejercicio económico 2006 de la compañía OCP. Luego del proceso respectivo, en noviembre de 2009, OCP fue notificada con el Acta de Determinación No. 1720090100450 levantada a su cargo que incluía una glosa por intereses pagados al exterior. OCP presentó

el reclamo administrativo pertinente ante la Administración Tributaria, quién ratificó el Acta de Determinación en junio de 2010.

Al igual que los casos anteriores, OCP impugnó la resolución del SRI ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, recayendo la causa en la Cuarta Sala, la cual en agosto de 2012 emitió su sentencia en la que resolvió ratificar las glosas impuestas por el SRI. OCP interpuso así el recurso de casación pertinente que fue resuelto por la Sala de casación conformada por los doctores Maritza Tatiana Pérez Valencia, Juan Montero Chávez y José Luis Terán Suárez, en diciembre de 2013 negando casar la sentencia recurrida.

Al analizar la glosa por subcapitalización, la Sala de casación señala, haciendo referencia a un autor español, 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”* para concluir que *“[e]n la especie, esta condición no se cumplió (...) concluyendo a criterio de esta Sala que los principios que rigen las relaciones entre sociedades vinculadas no se cumplen”*.

Finalmente, consta en la base de datos digital de la Corte Constitucional que OCP presentó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en febrero de 2014 y hasta la presente fecha no consta el auto de admisión correspondiente.

B. Análisis de la jurisprudencia

Como se puede apreciar del detalle de los casos conocidos y resueltos por la Corte Nacional de Justicia, el argumento constante del Servicio de Rentas Internas para levantar las glosas de impuesto a la renta por subcapitalización ha sido que existió simulación en los préstamos puesto que, la financiación de las compañías locales por parte de relacionadas se dio en términos que, para la Administración Tributaria, no han sido de mercado.

Podría decirse que, en ese momento, la Administración Tributaria optó por la aplicación del método subjetivo de la OCDE para determinar que existió subcapitalización en las operaciones de las compañías locales –en vista de que no existían normas específicas para tal materia en la legislación local–. Esto lo hizo amparándose en el artículo 17 del Código Tributario que, como se ha indicado, lo que permite es la recalificación del hecho generador.

Decimos que se aplicó el método subjetivo, puesto que los criterios para valorar si se realizó o no un crédito simulado, siempre entre partes relacionadas –tal como se desprende de cada uno de los casos expuestos– fueron los indicados en el capítulo respectivo de este documento, esto es: (i) la ratio de endeudamiento versus el capital antes del endeudamiento o capacidad de endeudamiento; (ii) el fin del préstamo o necesidad del financiamiento; (iii) la vinculación de los intereses a los beneficios societarios; y, en algunos casos (iv) la subordinación del crédito frente a otros acreedores. Adicionalmente se analizó el establecimiento de garantías que soporten la operación y la tasa de interés aplicada para los préstamos.

En todos los casos las empresas ecuatorianas debieron demostrar que su contrato de préstamo fue real, que no existió simulación y cómo las condiciones del financiamiento se sujetaba a las condiciones que son propias de los contratos de préstamo.

Lo que genera sorpresa es que la Corte Nacional haya aceptado la interpretación del Servicio de Rentas Interna fallando, en la mayoría de los casos, a su favor ratificando el establecimiento de glosas por subcapitalización. Genera sorpresa porque lo que se discute en la subcapitalización no es la existencia o no de un hecho generador, en este caso, del impuesto a la renta, sino la pertinencia o no de la deducibilidad del gasto; o, si se quiere, la existencia o no de un gasto. En estricto derecho, ello no forma parte de la materia del hecho generador, por lo que mal podría pretenderse una recalificación del gasto amparándose en la facultad otorgada por el artículo 17 del Código Tributario.

Adicionalmente, bajo el supuesto de que el artículo 17 del Código Tributario pudiese aplicarse para recalificar el acto constituyente del gasto, por la garantía constitucional de seguridad jurídica, para la aplicación del referido artículo; tanto la administración como los Tribunales debieron, antes de recalificar al acto jurídico como un aporte simulado de capital, realizar análisis rigurosamente técnicos y verificar, en cada caso, si efectivamente se produjo o no una simulación en los contratos de préstamo; y, si los mismos cumplieron los requisitos que un contrato de préstamo debe tener según la legislación pertinente. No parece suficiente un análisis únicamente económico de los préstamos, partiendo de características que de forma unilateral se considere que son las condiciones de mercado, para señalar que los actos jurídicos no tienen esencia económica.

Por otra parte, requiriendo la aplicación del artículo 17 del Código Tributario un análisis técnico del caso en particular, no parecería correcto catalogar como fallos de triple reiteración a los pronunciamientos de la Corte admitiendo la recalificación por subcapitalización en determinados casos, ya que las características de cada uno de ellos no son idénticas. Por lo indicado, resulta indispensable que, en los casos que lleguen a conocimiento de la Corte para que se pronuncie sobre la recalificación de un crédito como una subcapitalización, los fallos se dicten al amparo de un análisis aislado, que considere las particularidades de cada caso, para verificar si se cumplen o no las condiciones necesarias para la configuración de la subcapitalización aplicando el método subjetivo.

CAPÍTULO V

LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DE NORMAS PARA EVITAR

LA SUBCAPITALIZACIÓN

En diversos países del mundo se aplican en la actualidad normas que regulan la subcapitalización. Estas reglas se han introducido en los ordenamientos jurídicos paulatinamente, con el objetivo común de lograr disminuir las consideradas por las administraciones tributarias como prácticas elusivas en materia tributaria. Es así que, ya en las últimas décadas del siglo pasado, los países europeos fueron de los primeros en incorporar en sus legislaciones normas tendientes a frenar estas prácticas que desplazan los ingresos tributarios de una sociedad residente a una con jurisdicción fiscal distinta.

Las reglas de subcapitalización son consideradas por la doctrina como mecanismos internos que se realizan de forma unilateral en cada legislación. Estas soluciones unilaterales coinciden con el resultado buscado que consiste en limitar la deducción de los intereses de las bases imponibles del impuesto a la renta, obteniendo así una mayor recaudación por parte del fisco.

En el desarrollo de este capítulo enfocaremos nuestro análisis en países de la región, particularmente, nos concentraremos en los países de la Comunidad Andina, organización de cooperación internacional a la cual pertenece el Ecuador y está conformada adicionalmente por Perú, Bolivia y Colombia.

A. Países de la Comunidad Andina

a. Perú

En Perú el artículo 37 de la Ley de Impuesto a la Renta, expedida mediante Decreto Supremo No. 179-2004-EF, publicado el 8 de diciembre de 2004, establece en su primer inciso, de manera general, que la renta neta se obtiene deduciendo de la renta bruta los gastos que fueren necesarios para producirla y mantener su fuente, mientras la deducción no esté expresamente prohibida. Más adelante se indica en el primer inciso del literal a), que son deducibles los intereses de deudas contraídas para adquirir bienes o servicios vinculados con la obtención o producción de rentas gravadas en el país o mantener su fuente productora.

Las limitaciones a las deducciones se establecen en los siguientes incisos del literal a). En particular, la regla de subcapitalización se encuentra en el último párrafo del referido literal, y establece que son deducibles los intereses que provienen de endeudamientos con partes relacionadas cuando el endeudamiento sobre el patrimonio no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine por decreto supremo. Los intereses que superen el coeficiente no son deducibles.

Esta disposición se incorporó mediante Decreto Legislativo 945 publicado el 23 de diciembre de 2003.

El reglamento al que se refiere la ley establece en el numeral 6 del literal a) del artículo 21 que, tratándose del inciso a) del artículo 37, se debe aplicar el coeficiente 3 al patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior.

En caso de una sociedad escindida en el curso del ejercicio económico, cada uno de los “*bloques patrimoniales resultantes*” debe aplicar el coeficiente de 3:1 sobre la porción que les corresponde del patrimonio neto de la sociedad escindida, al cierre del ejercicio anterior.

En caso de una fusión, el coeficiente se debe aplicar sobre la sumatoria de los patrimonios netos de cada una de las sociedades que se fusionaron, al cierre del ejercicio económico anterior.

Para las sociedades que se encuentran recién constituidas, el punto de referencia para el cálculo del coeficiente es el patrimonio inicial.

Como se observa, la legislación peruana no hace distinción entre crédito local o crédito externo para la aplicación de la ratio 3:1, por lo que se entiende aplicable para cualquier tipo de préstamo. Por otra parte, la regulación no establece que el excedente que no puede ser deducido sea recalificado como dividendo.

b. Bolivia

La Ley 843, expedida mediante Decreto Supremo No. 27947 de 20 de diciembre de 2004, en su artículo 47 establece de manera general que la utilidad neta imponible (base

imponible) se obtiene al deducir de la utilidad bruta los gastos necesarios para su obtención y conservación. Más adelante dice que *“como principio general, se admitirán como deducibles todos aquellos gastos que cumplan la condición de ser necesarios para la obtención de la utilidad gravada y la conservación de la fuente que la genera”*.

El Reglamento del Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas contenido en el Decreto Supremo No. 24051, establece en su artículo 18 k) la no deducibilidad para la determinación de la base imponible de los intereses pagados por préstamos otorgados a la empresa por los dueños o socios de la misma: (i) en la porción que excedan el valor de la tasa LIBOR más tres por ciento en operaciones con el exterior, y el valor de la tasa bancaria activa publicada por el Banco Central de Bolivia en la fecha de pago, en operaciones locales; (ii) en la porción que exceda del 30% del total de intereses pagados por la empresa a terceros en el mismo ejercicio.

La regla, como se aprecia, aplica también para préstamos locales. Por ello, al final del literal que la contiene se establece que aun cuando los intereses no sean gasto deducible para quien los paga, sí es ingreso gravable para quien lo percibe, por lo que debe añadirse entre los ingresos personales a efectos de la liquidación del tributo.

Una regla especial aplica, conforme lo señala el inciso final del literal a) del artículo 13, para las compañías que conforman la industria petrolera. En ese caso, el monto total de las deudas financieras de la empresa, no puede exceder el 80% del total de las inversiones en el país efectivamente realizadas.

De lo indicado se desprende que en el caso de Bolivia, en general no se aplica una ratio con relación al capital, sino el criterio de mantener la tasa dentro de un rango establecido y el valor pagado en intereses por la deuda cuya deducibilidad se analiza con relación a los pagados globalmente a terceros. Y en materia de hidrocarburos, petróleo en particular, la relación será entre el total de deudas financieras y el total de inversiones realizadas.

De lo indicado, las reglas bolivianas constituyen unas normas poco comunes comparadas con las de los demás países de la comunidad y de la región.

c. Colombia

En Colombia la introducción de la regla para evitar la subcapitalización fue realizada hace poco tiempo, mediante la Ley 1607 del 26 de diciembre de 2012 que adicionó el artículo 118-1 que se titula “*subcapitalización*” al Estatuto Tributario.

Esta regla establece que para que sean deducibles los intereses pagados por concepto de deudas, el monto promedio durante el ejercicio económico imputable no debe exceder el resultado de multiplicar el patrimonio líquido de la empresa al 31 de diciembre del año inmediato anterior por tres. Así, la porción de gastos que exceda de dicho límite, no será deducible, conforme lo menciona expresamente el mismo artículo.

Esta regla aplica, en general, para las deudas que generen intereses, y no se establece si el crédito debe ser local o externo.

Posteriormente, el 27 de diciembre de 2013, se expidió el Decreto Reglamentario No. 3027 en el cual se establece el procedimiento para el cálculo del monto máximo deducible. Se indica que la “*deuda ponderada*” –término utilizado por la norma en el artículo 2– es el resultado de multiplicar el número de días de permanencia durante un ejercicio fiscal por la base del préstamo. La deuda ponderada debe calcularse por cada préstamo durante el periodo gravable; y, si hay amortizaciones o pagos parciales del capital de una misma deuda, la identificación de los elementos debe “*hacerse en forma separada para cada tramo del saldo por pagar como si se tratara de deudas independientes*”.

Expresamente se indica en el párrafo 2 del artículo 3 del Decreto que “[p]ara efectos de determinar los gastos por intereses no deducibles, la diferencia en cambio del capital o principal no se considerará como intereses. La diferencia en cambio de los intereses sí se considerará como interés”. Finalmente, la deuda ponderada total no es más que la suma de cada una de las deudas ponderadas.

Ahora bien, reglas especiales operan para determinados casos. Así lo establecen los párrafos 2, 3 y 4 del mismo artículo 118-1 para: (i) los contribuyentes que se dediquen a la construcción de proyectos de vivienda a los que se refiere la Ley 1537 de 2012, la ratio varía a 4:1; (ii) los contribuyentes sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia no están sujetos a lo dispuesto en el artículo 118-1; y, (iii) en caso de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos que se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial, tampoco están sujetos a lo dispuesto en el artículo 118.

Para Gabriel Vásquez (2014) la política fiscal introducida con el artículo 118-1 del Estatuto Tributario limita *“la participación en la inversión”* tal como en la década de los 80 lo hizo *“la limitación en la deducción de intereses del componente inflacionario de la misma”*, lo que genera para él, un rezago en *“el crecimiento y desarrollo de la mediana y pequeña empresa”*.

B. Régimen Supranacional de la Comunidad Andina

En relación con la legislación supranacional de los Estados Miembros de la Comunidad Andina, en noviembre de 1971 se aprobó en la ciudad de Lima el Convenio para evitar la doble tributación entre los países miembros del Grupo Andino, mediante la Decisión No. 40, que fue ratificada por Ecuador mediante Decreto Supremo No. 932 publicado en el Registro Oficial No. 138 de 6 de septiembre de 1972. El texto de la Decisión se publicó en el Registro Oficial No. 743 de 17 de febrero de 1975.

En su artículo 10 decía que los intereses provenientes de créditos serían gravables únicamente en el País Miembro en cuyo territorio se haya utilizado el crédito; y, que se presumía, salvo prueba en contrario, que el crédito se utiliza en el país desde el cual se pagan los intereses.

Este texto, calificado por León Rojas (1998, pág. 164) como *“simple”* no corregía ni *“llegaba siquiera a abordar los aspectos más elementales de la subcapitalización”*.

Posteriormente, el 4 de mayo de 2004 se dictó la Decisión No. 578 que contiene el Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal, el mismo que si bien

no deroga expresamente la Decisión No. 40, se entiende la deroga tácitamente por su contenido. Esta Decisión se publicó en el Ecuador en el Suplemento del Registro Oficial No. 457 de 9 de noviembre de 2004.

El artículo pertinente ahora es más reducido y establece que los intereses y demás rendimientos financieros son sólo gravables en el País Miembro en cuyo territorio se impute y registre su pago.

Evidentemente, esta regulación supranacional no ayudaba a los Países Miembros para corregir entre sí eventuales casos de subcapitalización, por ello las regulaciones internas se han encargado de instaurar las reglas que han considerado operan mejor en cada uno de sus sistemas.

C. Características Principales de las reglas de subcapitalización en la Legislación Comparada

Con el propósito de tener más claras las principales características y diferencias de las reglas de subcapitalización aplicables en los países de la región, a continuación un cuadro resumen de tal información:

País	Mecanismo	Relación	Tratamiento del excedente
Ecuador	Utiliza el mecanismo objetivo, ratio fija de 3:1	La ratio se aplica con relación al endeudamiento / patrimonio.	Los intereses que superan el coeficiente no son deducibles.
Bolivia	Utiliza el mecanismo objetivo de una ratio especial que se aplica tanto para créditos	No se aplica la ratio con relación al capital. Se busca mantener la tasa de interés dentro	Los intereses que superan el coeficiente no son deducibles. Adicionalmente, se

	externos como para créditos locales.	de un rango establecido.	establece que para quien recibe el pago sí es ingreso gravable (si el crédito es local) aún cuando no sea deducible para quien realiza el pago.
Colombia	Utiliza el mecanismo objetivo, ratio fija de 3:1	La ratio se aplica con relación al endeudamiento / el patrimonio líquido de la empresa al 31 de diciembre del año anterior.	Los intereses que superan el coeficiente no son deducibles.
Perú	Utiliza el mecanismo objetivo, ratio fija de 3:1 sin distinguir entre créditos externos y créditos locales.	La ratio se aplica con relación al endeudamiento / patrimonio neto al cierre del ejercicio anterior.	Los intereses que superan el coeficiente no son deducibles.

Tal como se puede apreciar del cuadro que antecede, los países de la Comunidad Andina han aplicado el mecanismo objetivo, que en su mayor parte incluye el establecimiento de una ratio determinada, que permite a los contribuyentes conocer si existe la posibilidad de deducirse los intereses producto de créditos externos otorgados por partes vinculadas.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De la investigación realizada y desarrollada presentamos las siguientes conclusiones y recomendaciones:

A. Conclusiones

- ✓ Las reglas para evitar la subcapitalización son aplicadas mundialmente con el propósito de controlar pérdidas recaudatorias.
- ✓ La necesidad de incluir normas para evitar la subcapitalización se produjo en las Administraciones Tributarias, por el uso constante de financiamiento directo por parte de grupos de compañías que basaban su planificación tributaria en la disminución de la carga impositiva que tal práctica les generaba.
- ✓ De los métodos sugeridos por la OCDE, el objetivo ha sido el que más países han adoptado en sus legislaciones para corregir la subcapitalización. Muchos países han fijado la ratio 3:1.
- ✓ En el Ecuador la introducción de reglas específicas sobre la materia se realizó hace poco tiempo, no obstante lo cual y bajo el amparo de la facultad de recalificación del hecho generador, la Administración Tributaria ha venido recalificando durante varios años créditos entre relacionadas como aportes de capital tomando criterios del método subjetivo.

- ✓ Debido al bajo capital social que muchas compañías poseen en el país, la norma fue modificada y se estableció que la relación 3:1 en lugar de hacerse con el capital de la compañía, debía hacerse respecto del patrimonio.
- ✓ Fallos de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana han acogido la aplicación de los criterios del método subjetivo, propuestos por parte de la Administración Tributaria para justificar la aplicación de la teoría de la subcapitalización.
- ✓ La tendencia latinoamericana es la introducción de reglas para evitar la subcapitalización. En este sentido, todos los países miembros de la Comunidad Andina poseen incorporadas en su legislación local normas para tal efecto.
- ✓ Las reglas para evitar la subcapitalización deben constituir para el contribuyente un puerto seguro, en base del cual proyecten su financiamiento, a sabiendas de cuál será el criterio que aplicará la Administración Tributaria en la determinación del impuesto a la renta, cuando decida ejercer su facultad determinadora.
- ✓ Si se aplican los criterios subjetivos en lugar de las regla de subcapitalización, éstas últimas dejan de constituir el puerto seguro para lo cual fueron incorporadas en la legislación local, y los contribuyentes se enfrentarían al serio problema de la inseguridad jurídica.

- ✓ Al amparo del Estado de Derecho y de la garantía de seguridad jurídica, las actuaciones de la Administración Tributaria deben encontrarse dirigidas al cumplimiento de las reglas establecidas en la legislación local para calificar casos de subcapitalización.

B. Recomendaciones

- ✓ Es necesario estar atentos al desarrollo jurisprudencial que se produzca en los años venideros. Será ahí donde se constatará si la Administración Tributaria se está sometiendo, en los procesos de determinaciones tributarias y para el establecimiento de glosas, a las reglas objetivas establecidas por el legislador en lo relativo a la subcapitalización o intenta continuar aplicando el método subjetivo.
- ✓ Resulta fundamental que se limite la aplicación del artículo 17 del Código Tributario a figuras jurídicas que no estén relacionadas con el gasto, en general, y con la subcapitalización, en particular. Caso contrario, las reglas establecidas en nuestra legislación para evitar la subcapitalización quedarían como simple referencia. En dicho evento, las reglas no constituirían un puerto seguro, dejando al libre criterio de la autoridad cómo y en qué casos se deben aplicar. Este cambio debe ser introducido mediante una reforma legal al referido artículo 17, o mediante una ley interpretativa del mismo.
- ✓ El tema de la subcapitalización es muy amplio y tiene un sin fin de ramificaciones según los efectos que pueden generarse por su aplicación.

Por ello, sería muy interesante que se motive al estudio y desarrollo de una tesis enfocada en el impacto que tiene la aplicación de las reglas para evitar la subcapitalización cuando se han aplicado convenios para evitar la doble imposición fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbetti, N. N. (2001). *La Subcapitalización*. Buenos Aires: Campus Virtual IEFPA.
- Borderas, Ester; Moles, Pere. (2008). *Derecho Tributario Internacional, Volumen 2*. Barcelona: El Fisco.
- Calvo Salinero, R. (1998). La Subcapitalización de Sociedades frente al Derecho Comunitario. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Libro 3* (págs. 263-283). Portugal: Asociación Fiscal Portuguesa.
- Eibe Fernández, D. (1998). Situación Fiscal de la Subcapitalización. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Libro 3* (págs. 141-154). Lisboa: Asociación Fiscal Portuguesa.
- Esteve Pardo, M. L. (1998). Posibles Respuestas del Derecho Tributario al Problema de la Subcapitalización. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Libro 3* (págs. 247-262). Portugal: Asociación Fiscal Portuguesa.
- García Novoa, C. (2013). Fiscalidad Internacional Precios de Transferencia e Intercambio de Información. En E. Mariño Borquez, *Memoria de Las VI Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario* (págs. 9-26). Santa Cruz: Autoridad de Impugnación Tributaria.

Guasch Martorell, R. (2004). La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades. *Revista de Derecho Societario No. 7*, 163-186.

León Rojas, A. (1998). Aspectos Tributarios de la Subcapitalización Internacional de las Empresas en Venezuela. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . R. Calvo Salinero, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Libro 3* (págs. 155-167). Lisboa: Agencia Fiscal Portuguesa.

Lucas Durán, M. (2000). *La Tributación de los Dividendos Internacionales*. Valladolid: Lex Nova.

Manosalva Afanador, L. E. (1998). Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de las empresas. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Libro 3* (págs. 59-72). Lisboa: Asociación Fiscal Portuguesa.

OCDE Secretariat. (2012). *Thin Capitalisation Legislation. A Background paper for Country Tax Administrations*. OCDE.

Pérez de Ayala, J. L. (1998). El Marco Fiscal de la Subcapitalización de las Empresas. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário, Libro 3* (págs. 73-103). Lisboa: Asociación Fiscal Portuguesa.

Pita Grandal, Ana María; Fernández López, Roberto Ignacio; Ruiz Hidalgo, Carmen. (1998). Una Aportación sobre la Naturaleza Jurídica de la Norma sobre Subcapitalización en España. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-*

Amerianas de Direito Tributário, Livro 3 (págs. 227-246). Portugal: Agencia Fiscal Portuguesa.

Sanz Gadea, E. (2005). *Medidas Antielusión Fiscal*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Vásquez Trisancho, G. (15 de enero de 2014). *Subcapitalización limita deducción por intereses*. Obtenido de <http://www.incp.org.co/document/subcapitalizacion-limitadeducacion-por-intereses/>

Vega Borrego, F. A. (2002). La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización : Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario. *Crónica Tributaria No. 104*, 89-125.

Villar Ezcurra, M. (1998). El Tratamiento Tributario de la Subcapitalización en España frente a las Exigencias de no Discriminación del Derecho Comunitario. En J. M. Domingues de Oliveira, H. Taveira Torres, L. E. Manosalva Afanador, J. L. Pérez de Ayala, P. Filippi, S. Blanco, . . . A. E. León Rojas, *XIX Jornadas Latino-Amerianas de Direito Tributário, Livro 3* (págs. 191-206). Lisboa: Agencia Fiscal Portuguesa.