

DOCUMENTOS

N.I.P.O.: 634-14-037-3

LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR ¿EVASIÓN, ELUSIÓN O ABUSO DEL DERECHO?

Autores: *Javier Bustos Aguilar*¹
*Ana Isabel Vivar Aguirre*²

DOC. n.º 15/2014

1) Profesor de Derecho Tributario en la Universidad San Francisco de Quito. Delegado por el Ecuador a la 11 Reunión sobre Convenios Fiscales de la OCDE. París. Delegado por el Ecuador a la 1.ª Reunión del Foro Global sobre IVA. París.

2) Candidata al título de Abogada por la USFQ.



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N. B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad de los autores, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA
 2. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL CASO OCP ECUADOR. SINOPSIS DEL CASO
 3. LA SUBCAPITALIZACIÓN-CONCEPTO GENERAL
 4. LA SUBCAPITALIZACIÓN PERSPECTIVA FINANCIERA
 5. LA SUBCAPITALIZACIÓN PERSPECTIVA TRIBUTARIA
 6. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR
 7. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ¿ABUSO DEL DERECHO?
 8. EXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN EL CONTRATO OCP ECUADOR S.A CON OCP ISLAS CAIMÁN. *USO DE LA FIGURA DE CRÉDITO ENTRE MATRIZ Y SUCURSAL*
 9. USO DE PRÉSTAMOS EN LUGAR DE AUMENTO DE CAPITAL
 - 9.1. Distribución de dividendos
 - 9.2. Pago de intereses por préstamos
 10. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL CASO OCP ECUADOR S.A
 11. CONCLUSIONES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA RECONOCER LA OPERACIÓN DE CRÉDITO COMO VÁLIDA Y REAL A EFECTOS TRIBUTARIOS
 12. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Si bien el fenómeno de la *subcapitalización* a nivel internacional no es nuevo, la regulación de este fenómeno para fines tributarios en el Ecuador es relativamente reciente. A partir del año 2008 se regula expresamente el fenómeno con una ratio del 300% del *capital social pagado* por créditos del exterior *con relacionados o no relacionados*¹, por cuyos intereses pagados se pueden deducir del impuesto a la renta.

Luego de varias reformas, actualmente, la ratio del 300% es con respecto al *patrimonio* aplicable solo a los créditos al exterior entre *partes relacionadas*.

Al igual que las demás legislaciones tributarias en el mundo, la Constitución del Ecuador, contempla el principio de *irretroactividad* de las normas tributarias. Con lo cual es claro que la norma no es aplicable sino para el año 2008 y siguientes.

Sin embargo. ¿Qué sucede con aquellas operaciones de crédito excesivas frente al capital aportado por los socios, que obtienen recursos a través de créditos de sus partes relacionadas, realizadas antes del 2008?

Se presentan argumentos de *planificación tributaria* por los contribuyentes, por operaciones que no tenían regulación y que podían ser libremente realizadas por los contribuyentes. A posiciones —como la sostenida por la Administración Tributaria— de que se tratan operaciones *elusivas* para generar un gasto excesivo en la prestataria de un lado, y beneficiándose de la exoneración de impuesto a la renta al prestamista que en esa época preveía la norma interna; configurándose la receta perfecta de doble exención.

Ello motivó a que la Administración Tributaria, haciendo uso de la norma calificada de antielusión general, prevista por el artículo 17 del Código Tributario, califique como *dividendo* (esencia) operaciones declaradas formalmente como *intereses*; generando como habrán ya anticipado los lectores, una situación mucho más gravosa que de haberse aplicado la norma de subcapitalización, ya que ningún valor pagado por intereses dentro de esta operación, sería considerada deducible.

Esta investigación lo que pretende es, tomando como caso la auditoría fiscal realizada a la empresa Oleoductos de Crudos Pesados Ecuador S.A., determinar si la operación realizada por la empresa en el año 2003, sería una operación de generación lícita de ahorro fiscal, o si se constituiría en una operación de evasión, elusión o abuso del derecho, esta última —en nuestro criterio— regulada por la norma civil; y que no se abarca en la norma del Código Tributario.

2. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL CASO OCP ECUADOR. SINOPSIS DEL CASO

La empresa petrolera *Oleoductos de Crudos Pesado Ecuador S.A* (OCP Ecuador S.A) <http://ocpecuador.com/> es una empresa privada ecuatoriana que inició operaciones en el país desde el 2001; desde entonces ha obtenido notoriedad por su esquema de planificación tributaria, objeto de revisión por el Servicio de Rentas Internas (www.sri.gob.ec).

Este trabajo pretende examinar el tema de subcapitalización de OCP Ecuador S.A, desde una perspectiva jurídica; a partir de la experiencia internacional de la *subcapitalización, abuso del derecho y elusión tributaria*.

Complementariamente explicaremos las actividades desarrolladas por la Administración Tributaria (*Servicio de Rentas Internas SRI*) y su rol en este caso.

A manera de introducción es pertinente entender con exactitud qué es la subcapitalización, una vez comprendido este concepto se puede adentrar en un análisis jurídico de la misma en el Ecuador, su evolución histórica en nuestro ordenamiento jurídico y lo que este desarrollo ha representado para nuestra legislación y su impacto en los contribuyentes.

¹ Ley Reformatoria de Equidad Tributaria. RO 242 de 29 de diciembre de 2007.

“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.”



3. LA SUBCAPITALIZACIÓN - CONCEPTO GENERAL

Para David del Pozo hay que entender la subcapitalización de la siguiente manera:

La subcapitalización utiliza un método no tradicional, con el objetivo de capitalizar una empresa, es decir, que ingrese dinero a la empresa; en esta figura, se usa maniobras financieras o jurídicas distintas a las comunes, que permiten conseguir este fin, pero el resultado de ésta forma camuflada de capitalizar, crea en el campo tributario diferentes beneficios que resultan agradables para los empresarios y destructivos para la administración de control o mejor dicho, para los Estados recaudadores de impuestos².

Para Hector Belisario,

Es la aportación de capital que una sociedad hace a otra, situada en distinto país, bajo la forma de un préstamo, de tal manera que los intereses sean deducidos donde la tributación sea más alta y tributen donde sea más baja³.

Finalmente para Karina Montestruque Rosas,

Se entiende por subcapitalización o infracapitalización de una sociedad, aquella situación en la que, la proporción entre el volumen de recursos propios y ajenos procedentes directa o indirectamente de sociedades del grupo, supera aquella proporción que podría considerarse normal en una situación de libre competencia⁴.

La finalidad de la *subcapitalización* consiste en determinar qué parte de los intereses pagados por la deuda corporativa es deducible a efectos fiscales. Tales reglas son principalmente trascendentes para los contribuyentes, que utilizan grandes cantidades de deuda para financiar compras apalancadas. Sin embargo ¿a que nos referimos con compras apalancadas? Pues bien, se entiende que una empresa incurre en subcapitalización cuando su capital se compone de una proporción mucho mayor de la *deuda de la equidad*⁵.

El tema de subcapitalización busca combatir la infra capitalización o como también es conocido *thin capitalization* es un término con uso exclusivamente fiscal, el mismo trata de dejar en evidencia la capitalización de una sociedad mediante préstamos en lugar de fondos propios (aportes de capital) para que no sea visible ante autoridades tributarias dichos aportes, en ciertos casos el propósito es obtener una ventaja fiscal. Se entiende que la subcapitalización crea una:

[Situación] donde una empresa trabaja con un nivel de capital insuficiente para poder llevar a cabo sus actividades del giro. La carencia de capital puede ser sustituida por pasivos, lo cual no atenta contra la estabilidad financiera de la empresa, siempre y cuando los flujos de ingresos que genere logren dar cumplimiento a los pasivos adquiridos⁶.

Es importante entender y analizar distintos conceptos que han sido expuestos a lo largo de la doctrina jurídica y económica sobre la subcapitalización ya que los problemas y beneficios a nivel tributario y económico van de la mano:

[La] subcapitalización o también conocida en el idioma inglés como "thin capitalization", consiste en la financiación entre empresas de un mismo grupo que se encuentran situadas en distintas jurisdicciones, con el fin de encubrir una financiación con recursos propios por recursos ajenos, en el que una de las partes por lo general se encuentra ubicada en un paraíso fiscal o en un régimen de menor imposición para reducir el beneficio imponible de la empresa situada en el país donde se tributa más. En otras palabras la subcapitalización muestra una empresa que aparentemente es financiada mediante el acceso al crédito, pero en realidad es financiada a través de capital social, con el fin de reducir el pago del impuesto a la renta a través de los intereses⁷.

² DEL POZO DAVID, Tesis Subcapitalización, Universidad Andina del Ecuador. Pág. 9.

³ VILLEGAS BELISARIO HÉCTOR, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*.

⁴ KARINA MONTESTRUQUE ROSAS, "Aspectos Fiscales de la Subcapitalización de Sociedades y su Regulación en el Perú".

⁵ *La deuda de la equidad* viene del principio de equidad tributaria. La equidad tributaria es un criterio con base en el cual se pondera la distribución de las cargas y de los beneficios o la imposición de gravámenes entre los contribuyentes para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados. Escobar Marcé, "Gestión de Impuestos".

⁶ SALCEDO GABRIELLI CLAUDIO *et al.* Salcedo & Cía. Abogados y Auditores Tributarios. Boletín Tributario "Exceso de Endeudamiento con Relacionados (Subcapitalización)" Pág. 3.

⁷ GÓMEZ ALLIERI NINFA MELINA; QUIMÍ BORBO JIMMY CHRISTIAN y GARCÍA VÉLEZ MARÍA GLADYS, "Incidencia Tributaria de la Subcapitalización, caso ecuatoriano" Guayaquil-Ecuador (2008).

[La] subcapitalización es conocida como la maniobra elusiva de las sociedades, que por motivos fiscales, para reducir o minimizar la carga fiscal del grupo, recurren a la financiación con fondos ajenos para encubrir una auténtica aportación de capital⁸.

[Los] autores Campagnale suelen denominar el concepto estudiado “capitalización exigua” (o “capitalización encubierta”), puesto que implica que la proporción del patrimonio societario financiado mediante deuda es anormalmente alta con relación a la proporción financiada con capital propio⁹.

Para Claudio Salcedo, la subcapitalización consiste en:

[La] situación financiera de una sociedad residente en la que el volumen de recursos ajenos respecto de los recursos propios de aquella supera la proporción que puede considerarse normal respecto de las operaciones que se efectúan en libre concurrencia, buscándose tal situación a través de préstamos con entidades vinculadas no residentes con un fin de reducción a efectos fiscales del beneficio gravable de la primera sociedad¹⁰.

Félix Alberto Vega Borrero nos permite entender cuando una sociedad se encuentra subcapitalizada. En su artículo “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario”, señala:

Se estima que una sociedad se encuentra subcapitalizada o en una situación de infracapitalización cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios y la cifra que resulte de las distintas partidas que integran los recursos ajenos.

En principio, no existe ningún límite respecto a las decisiones de financiación de las sociedades. De ahí, que una empresa podrá operar con el nivel de endeudamiento que estime conveniente, incluso hasta llegar a una situación de infracapitalización en el sentido anteriormente expuesto. No obstante, el Derecho ha establecido restricciones al endeudamiento excesivo de las sociedades.

En ámbito tributario, el endeudamiento excesivo puede plantear problemas cuando quienes financian una sociedad son sujetos con los que se encuentra vinculados, porque sus resultados pueden suponer un perjuicio recaudatorio para el Estado del prestamista, especialmente cuando los sujetos vinculados son no residentes además de una quiebra de los principios que informan la tributación internacional¹¹.

Cuando el endeudamiento con otras personas o entidades con las que está vinculada la matriz excede tres veces¹² el patrimonio de la sociedad entonces los intereses devengados que corresponden al exceso serán considerados como dividendos¹³.

La subcapitalización entonces encierra la financiación que utilizan las empresas pertenecientes al mismo grupo económico que se encuentran vinculadas bajo un mismo control. En cuanto al capital existen, desde un perfil societario, el capital suscrito, es decir el capital al cual va a llegar la sociedad en un momento dado; el capital pagado, que es el efectivamente desembolsado; y el capital autorizado que es el valor máximo al que podrá acceder la empresa (en el caso de las compañías anónimas).

La operación de financiamiento resulta mucho más atractiva desde el punto de vista tributario si los intereses para el prestatario son considerados deducibles de la base imponible; y más aún si estos pagos de intereses al exterior están exentos del pago de impuestos en el Ecuador, esto es sin retención en la fuente (numeral tercero del artículo trece de la Ley de Régimen Tributario Interno)¹⁴. Este

⁸ POVEDA GONZÁLEZ, *Tributación de no residentes* 1.ª y 2.ª edición España 1989.

⁹ CAMPAGNALE SILVIA y CAPAGNALE NORBERTO, “Limitación a la deducción de interés”.

¹⁰ SALCEDO GABRIELLI CLAUDIO *et al.* Salcedo & Cía. Abogados y Auditores Tributarios. Boletín Tributario “Exeso de Endeudamiento con Relacionados (Subcapitalización)” Pág. 3 r.

¹¹ FÉLIX ALBERTO VEGA BORRERO, “La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario”. Pág. 6. *Crónica Tributaria*, n.º 104, 2002.

¹² Art. 10 numeral 2 Ley de Régimen Tributario Interno *Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de éstos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio, tratándose de sociedades. Tratándose de personas naturales, el monto total de créditos externos no deberá ser mayor al 60% con respecto a sus activos totales.*

¹³ GOMEZ MELINA; QUIMI CHRISTIAN y VÉLEZ GLASYS, Tesis: Incidencia Tributaria de la Subcapitalización Caso Ecuatoriano, pág. 82.

¹⁴ Art. 13.- Pagos al exterior.- *Son deducibles los gastos efectuados en el exterior que sean necesarios y se destinen a la obtención de rentas, siempre y cuando se haya efectuado la retención en la fuente, si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador. 3.- Los pagos de intereses de créditos externos y líneas de crédito abiertas por instituciones financieras del exterior, legalmente establecidas como tales; así como los intereses de créditos externos conferidos de gobierno a gobierno o por organismos multilaterales. En estos casos, los intereses no podrán exceder de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central de Ecuador a la fecha del registro del crédito o*



beneficio que por sí mismo es atractivo, se maximiza cuando el beneficiario de los intereses (el prestamista) los percibe en un paraíso fiscal asegurando una exención total del pago de impuestos por un beneficio tanto en el país de la fuente (Ecuador) como en el país de la residencia (Paraíso Fiscal).

En su lugar cuando se realiza una operación de fortalecimiento patrimonial de una empresa por parte de sus socios, en su forma más natural, esto es, a través de un aporte de capital, el beneficio a obtener (dividendos) está condicionado a la existencia de utilidades en la empresa; en tanto, que el beneficio obtenido bajo la figura de préstamo (intereses) obtiene una rentabilidad que es independiente de los resultados de la empresa, no siendo tan lucrativa como la opción anteriormente presentada.

El año 2008 marcó un hito importante en la historia de la legislación tributaria en el Ecuador. La creación de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador (LRETE) vigente desde el primero de enero de 2008 trajo consigo cambios de gran magnitud para las empresas y el Servicio de Rentas Internas.

En el Ecuador la Constitución de 1998, vigente hasta el 2008 señalaba como principios tributarios constitucionales solamente los principios de proporcionalidad, generalidad y legalidad, principios de muy amplia connotación. La actual Constitución del 2008 incorporó nuevos principios algunos que se separan de la redacción clásica de la Constitución de 1998 e integran doctrina jurídica internacional moderna en materia de tributación, así es como se integran los principios relativos “a la progresividad, irretroactividad y equidad, que buscan la justicia en la tributación observando derechos del contribuyente, al igual se integran principios de tipo socio-político y financiero, como los de eficiencia, simplicidad administrativa, transparencia y suficiencia recaudatoria, cuyos conceptos buscan que la gestión de la Administración Tributaria sea más fuerte y eficaz, con el propósito de emplear justicia para que la tributación sea justa en cualquier acción”¹⁵.

Entre estas reformas generadas a partir del 2008 están en su mayoría aquéllas que se refieren a los gastos deducibles, a la forma de depurar los impuestos y a la facultad de determinación de la Administración Tributaria. Cabe señalar que antes de las reformas del 2008 los dividendos distribuidos en el país como al exterior estaban exentos de impuesto a la renta.

A efectos de mejorar la recaudación sobre el principio doctrinario de capacidad contributiva, se han adoptado varias medidas, entre las cuales podemos señalar:

Entre las medidas anti elusión y anti evasión que Ecuador ha implementado, además de los convenios de doble tributación, están las relativas a los precios de transferencia y subcapitalización. Pero para la aplicación de estas medidas, las reformas empezaron por incorporar el concepto de Partes Relacionadas. En efecto, la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador incluyó a continuación del artículo 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno, un artículo sobre partes relacionadas, es decir, los casos en los que exista vinculación entre contribuyentes.

De acuerdo a esta norma, son partes relacionadas las personas naturales o sociedades, domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra; o en las que un tercero, sea persona natural o sociedad domiciliada o no en el Ecuador, participe directa o indirectamente, en la dirección, administración, control o capital de éstas. La ley además señala varios casos en los que se puede considerar que existen partes relacionadas y las normas para establecer la existencia de algún tipo de relación o vinculación entre contribuyentes.

Ejemplos de otras reformas de gran importancia que incorporan el concepto de partes relacionadas, lo podemos ver en aquéllas que se realizaron al numeral 2 del artículo 10 de la LORTI, por las que se limita las deducciones de créditos externos de las sociedades y contratos de arrendamiento mercantil, cuando están involucradas partes relacionadas. En cuanto a estos contratos, en la reforma al artículo 13 de la LORTI que incluye el numeral 9, también se ha tomado la medida de que los

su novación; y si de hecho las excedieren, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme a las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito. Tampoco serán deducibles los intereses de los créditos provenientes de instituciones financieras domiciliadas en paraísos fiscales o en jurisdicciones de menor imposición.

¹⁵ VACA CEVALLOS MARIA DEL CARMEN, “Orientación del Sistema Tributario en el Ecuador a partir de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria”, 2011. Ecuador.

pagos al exterior por este tipo de contratos, no sea deducible si está involucrada una parte domiciliada en un paraíso fiscal.

Con las reformas del año 2009 se incorporó además el caso en el que la Administración Tributaria podrá establecer la existencia de partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al principio de plena competencia.

En las reformas del año 2007 se definió también a los paraísos fiscales, norma que sin duda fortalece la actividad de control de operaciones con “partes relacionadas” en desmedro de la seguridad jurídica. La norma señala que “Serán jurisdicciones de menor imposición y paraísos fiscales, aquellos que señale el Servicio de Rentas Internas pudiendo basarse para ello en la información de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –OCDE– y el Grupo de Acción Financiera Internacional –GAFI.

Se destacan los siguientes cambios introducidos a partir de las reformas realizadas con la LRETE:

1. Para el año 2008 se introdujeron normas internacionales sobre subcapitalización como aquella que consta en el numeral 2 del artículo 10 LORTI, con la que se limitan las deducciones de las sociedades provenientes de créditos externos entre partes relacionadas, no solamente porque estos créditos deben estar registrados en el Banco Central, sino porque el monto máximo de endeudamiento debe ser no mayor al 300% de la relación de la deuda externa respecto al patrimonio. Esta reforma tiene que ver con la subcapitalización, porque, como lo señala Prado “El crecimiento de la deuda externa privada ha sido asociado con el concepto de subcapitalización de las empresas y también como un mecanismo de reducción de la base imponible para el cálculo y pago del impuesto a la renta, por ello se ha tratado el caso de los intereses como un escudo fiscal”¹⁶.

2. Con la reforma introducida en el literal e) del artículo 36 se ha cambiado drásticamente la tributación de los socios residentes de sociedades, para quienes, antes de las reformas, los dividendos y utilidades provenientes de su participación en las sociedades, era considerada como renta exenta, pues ahora, estas utilidades y dividendos pasan a formar parte de la renta global del contribuyente, siendo el pago del Impuesto a la Renta que realizó la sociedad, únicamente un crédito que en ningún caso será mayor al impuesto que le corresponde pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global. Evidentemente, este caso sí está enmarcado dentro de las tendencias internacionales sobre tributación de los socios, personas naturales, de las sociedades. Sin embargo, para el caso de sociedades extranjeras y personas naturales no residentes, con el fin de evitar problemas de doble imposición, como una medida unilateral, no sufrió reformas el artículo 38 LORTI, por el cual, para estas personas, los dividendos y utilidades provenientes de sociedades ecuatorianas, el impuesto del 22% (desde el 2013) pagado por las sociedades se constituye en su impuesto, y por tanto, las transferencias de estos valores al exterior, no son objeto de retención en la fuente.

Las reformas introducidas por la LRETE incorporan medidas para mejorar el control y mantener la competencia sobre ganancias obtenidas por los contribuyentes cuando estos realizan transacciones con partes relacionadas en el exterior. También son un mecanismo para la depuración de los ingresos gravados. Es por esto, que la LRETE incluyó un capítulo a continuación del artículo 15 sobre la depuración de los Ingresos y la Sección Segunda se refiere a los Precios de Transferencia, el principio de plena competencia, los criterios de comparabilidad de las operaciones y la metodología para la determinación de los precios de transferencia.

En el Ecuador, estas medidas se basan en el principio de plena competencia o *arms length*, por el cual se exige que las transacciones realizadas entre partes relacionadas deben tener los mismos resultados tributarios como si hubieran sido realizadas entre partes independientes, caso contrario, la Administración podrá determinar el impuesto a pagar; lo cual podría tener incidencia en cuanto a la tasa de interés fijadas en operaciones de crédito; además de aplicar las reglas de subcapitalización.

En cuanto a los métodos aplicables para la determinación de los precios de transferencia, el último inciso del tercer artículo agregado al artículo 15 de la LORTI señala que éstos serán establecidos por el Reglamento correspondiente; sin embargo, en el artículo siguiente, se deja la posibilidad de que los contribuyentes consulten a la Administración Tributaria sobre el método a emplear en un determinado período fiscal. En este caso, la utilización del método determinado, pasa a ser vinculante para el contribuyente.

¹⁶ *Ibid.*

Con el fin de luchar contra la evasión y elusión fiscal, cabe destacar la norma contenida en el quinto numeral agregado al artículo 15 de la LORTI, que entre los casos en los que el contribuyente queda exento de la aplicación del régimen de precios de transferencia, entre otros, está el de los contribuyentes que no realicen operaciones con paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes. La introducción de este tipo de medidas evidentemente cumple con los principios de igualdad, generalidad y equidad, pues todos los contribuyentes deben aportar al Estado de acuerdo a su capacidad contributiva real. Por otra parte, también se cumple con los principios de eficiencia, transparencia y suficiencia recaudatoria al potenciar la ampliación de la base recaudatoria de la Administración Tributaria¹⁷.

La Administración se ha centrado en analizar operaciones donde la casa matriz en el exterior le presta dinero a la sucursal o compañía subsidiaria, ubicada en el Ecuador, para que la misma pueda desarrollar las labores por la que se constituyó en el país. Es necesario mencionar que la defensa realizada en Tribunales por el Servicio de Rentas Internas se centra en que este tipo de “préstamos” procede a subsidiarias no a sucursales, y que la misma estaría prohibida por la ley. La explicación del porque procede a subsidiarias y no a sucursales la encontramos en esta investigación en el capítulo VII Existencia de abuso de Derecho en el Contrato OCP Ecuador S.A con OCP Islas Caimán. Uso de la figura de crédito entre matriz y sucursal.

Las relaciones que se dan entre filiales encubre las aportaciones de capital para adquirir una ventaja fiscal que se origina en la financiación ficticia con recursos propios. A manera de ejemplo para lograr comprender lo que significa la subcapitalización en el caso OCP Ecuador S.A. se presenta el gráfico a continuación.



4. LA SUBCAPITALIZACIÓN PERSPECTIVA FINANCIERA

No solamente la subcapitalización tiene impacto de manera jurídica -por las limitaciones expresamente previstas en el ordenamiento tributario- con una remisión a la situación financiera de las empresas. En la subcapitalización, si los accionistas no colocan un importe nominal del capital social desembolsado, la empresa cuenta con reservas financieras más bajas con las que hacer frente a sus obligaciones. Si todos, o la mayoría del capital de la empresa proviene de la deuda, (a diferencia de la participación), necesita ser reparado, y en última instancia pagado, esto significa que los proveedores de capital están compitiendo en última instancia con los acreedores comerciales de la empresa por los mismos recursos de capital.

¹⁷ *Ibid.*

5. LA SUBCAPITALIZACIÓN PERSPECTIVA TRIBUTARIA

Aun cuando las leyes corporativas de los países permiten a las empresas el libre endeudamiento, bajo el principio del derecho civil que en las relaciones privadas se puede realizar todo aquello que la Ley no prohíbe. Las autoridades fiscales a menudo limitan la cantidad que una compañía puede reclamar como una deducción de impuestos sobre los intereses, sobre todo por la ratio entre patrimonio y crédito; así como cuando se recibe préstamos a tasas no comerciales. Sin embargo, algunos países simplemente no permiten la deducción de intereses por encima de un cierto nivel de todas las fuentes. Algunas autoridades fiscales limitan la aplicabilidad de las normas de subcapitalización en ciertos grupos empresariales con entidades extranjeras para evitar la "fuga de impuestos" a otras jurisdicciones.

6. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL ECUADOR

Una vez entendida la figura de la subcapitalización es necesario entender su evolución en la normativa ecuatoriana. Como es lógico cada país recoge particularidades en la redacción de su legislación de acuerdo a su realidad y sus conveniencias. Nos parece prudente al indagar la subcapitalización en el Ecuador en dos etapas, previo el año 2008 y posterior, al igual que estudiar métodos aleatorios de regulación que utilizan otros países para regular el tema de la subcapitalización.

Existen dos métodos muy conocidos de prevención de subcapitalización. El primero es el *método de ratios fijos*, método que es utilizado en España. Este método pone un límite al endeudamiento que puede existir entre la compañía matriz y la subsidiaria o sucursal.

En el Ecuador, se puede ver reflejado este método en el artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario, el mismo dice:

Art. 10.- Deducciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.

En particular se aplicarán las siguientes deducciones:

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

El tercer inciso del numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno, dice:

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

Se puede apreciar entonces que entre partes relacionadas el nivel de endeudamiento no puede superar el 300% del patrimonio de la compañía, esta es una medida que se toma como límite.

El otro método de prevención es el *tratamiento de dividendos*. Este método explica que el interés pagado se asimila al dividendo distribuido dependiendo el país en que se encuentra el estado fuente, es decir fuente de la renta productora.

En el Ecuador no se aplicaban ninguno de estos dos métodos (periodos anteriores al 2008) y esto se ha visto reflejado en los fallos judiciales que se han dictado. El método de ratios apareció en el país junto con la Ley de Equidad Tributaria, esto quiere decir que hasta el año 2008 no existían normas concretas sobre subcapitalización. El método de ratios no era aplicable ya que no había nivel de endeudamiento y por ende hasta el año 2008 en el Ecuador todos los dividendos estaban totalmente exentos, por consiguiente el método de dividendos no se aplicaba tampoco.

¿Qué hizo el SRI al frente de este vacío legal? El artículo 17 del Código Tributario que trata sobre la esencia económica de la operación. Este artículo es considerado al momento de realizar una interpre-

tación del hecho generador del impuesto para que se pueda atender a la verdadera naturaleza jurídica del caso. El artículo 17 se conforma de dos partes que deben ser entendidas:

Art. 17 Código Tributario Ecuatoriano.- 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.

La primera parte del artículo 17 habla sobre el hecho generador como un acto jurídico y la necesidad de encontrar la verdadera naturaleza jurídica del mismo, mientras que el segundo se refiere a la parte económica y, como para poder calificar la naturaleza del mismo, tendrá que tomarse en cuenta más allá de lo que se puede percibir a simple vista, pero hacer un análisis sobre la situación económica en la cual se encuentran los interesados.

Miró Ayats Vergés en su artículo “La Calificación Jurídica y su incidencia en la Aplicación de los tributos”, permite adentrarse al significado del artículo 17 al explicar el rol del derecho tributario. El análisis expuesto a continuación por Ayats Vergés es similar al del Servicio de Rentas Internas, ya que expone la necesidad de un órgano de control.

Por la propia configuración y estructuración del derecho tributario se requiere un "presupuesto" previo sobre el que se aplican unas determinadas consecuencias tributarias. La finalidad del derecho tributario se centra en establecer cuáles son estas consecuencias impositivas. En este sentido la fiscalidad parte de la configuración del resto del ordenamiento jurídico y su función se limita a concretar en cada caso específico qué carga impositiva debe establecerse. Por ello, considero acertada la conceptualización del derecho tributario como un derecho que podríamos considerar de segundo nivel, cuya aplicación requiere de una fase de calificación jurídica previa en la que los actos, hechos o negocios jurídicos deben ser calificados según normas específicas para, en función de las mismas, determinar a posteriori la tributación que corresponda. De esta forma, las normas tributarias no constituyen normas de calificación jurídica, ni inciden ni pueden incidir en la calificación de tales actos, hechos o negocios jurídicos realizados por las partes, sino que una vez realizada esta función previa, el derecho tributario limita su función a establecer las consecuencias jurídico-tributarias pertinentes.

Antes del 2008 no existía una interpretación clara sobre la subcapitalización, era labor de la Administración Tributaria analizar los límites que debieron haber en aquella época para que no se vean afectados los intereses que ellos protegen, en este caso los del Estado. El Servicio de Rentas Internas tenía total capacidad y competencia para analizar los distintos casos que se daban en la época, y por esta razón, el artículo 17 del Código Tributario era utilizado para frenar lo que el SRI entendía como casos de subcapitalización. Con la promulgación de una legislación enfocada estrictamente al tema (Ley de Equidad Tributaria), el Servicio de Rentas Internas tuvo una herramienta sólida especialmente destinada a abordar este tipo de controversias.

7. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO ¿ABUSO DEL DERECHO?

Una vez estudiada la realidad de la subcapitalización previo a las leyes expedidas en el 2008 y la utilización del artículo 17 por parte del SRI, es imposible no cuestionarse si es que acaso existió un abuso de derecho en la aplicación de la figura de crédito de una operación que por sus características no hubiera sido otorgada por un ente no relacionado.

Según el profesor y jurista peruano Jorge Isaas Torres Manquire, la teoría del abuso del derecho se da cuando

[Se] acciona procesalmente con mala fe (malicia) y/o temeridad, se incurre en abuso del derecho, es decir, se comete dicho abuso debido a la utilización del derecho de una manera indebida, anormal, innecesaria, excesiva, perversa, injusta, desmedida, transgresora, antifuncional, impropia o inadecuada. Cabe dejar constancia que generalmente dichas conductas perturbadoras del proceso (que son producto del uso irregular, exagerado e ilimitado de un derecho subjetivo) no son abiertamente antijurídicas y requieren en consecuencia una supervigilancia minuciosa y permanente del proceso. Por otro lado, señalamos que el referido acto denominado o calificado como *abuso* atenta o es contrario al análisis económico del derecho y a la sociedad, al margen de ser abiertamente alejado de la finalidad de la ley, legalidad y justicia.

Ahora bien, al aplicar el artículo 17 del Código Tributario nos podemos encontrar con dos posiciones que pueden ser fundamentadas. Primero, la Administración Tributaria lo que buscó mediante la aplicación de dicho artículo es contar con una medida en que los contribuyentes no incurran en abuso del derecho, que bajo el análisis del SRI se daba por un vacío legal que permitía a las empresas realizar operaciones económicas con trascendencia económica e incidencia tributaria en el Ecuador.

Sin embargo desde el punto de vista de los contribuyentes, este es el uso de una estructura tributaria o una planificación tributaria que convierte en eficiente al pago impuestos y que es perfectamente lícita tomando en cuenta que no es una práctica prohibida o ilegal y que además bajo el principio de que todo lo que no está prohibido es permitido.

Sin embargo, la forma en la que aplica la Administración Tributaria la norma antielusión tributaria para impedir la subcapitalización es cuestionada, para el período en el que simplemente no estaba regulada, podría decirse que estirando al máximo su interpretación, lo que podría en el futuro revertir en contra del principio constitucional de *seguridad jurídica*, ya que el alcance interpretativo de la norma si se estaba abusando de la aplicación del mismo en el contexto de subcapitalización.

Sin embargo me permito citar una vez más un fragmento de la definición del jurista Manquire que me parece muy interesante y relevante al tema:

Por otro lado, señalamos que el referido acto denominado o calificado como *abuso* atenta o es contrario al análisis económico del derecho y a la sociedad, al margen de ser abiertamente alejado de la finalidad de la ley, legalidad y justicia.

La finalidad perseguida por la Administración Tributaria con su accionar es la utilización de los beneficios establecidos legalmente para dejar de pagar impuestos y perjudicar al sistema fiscal por medio de la subcapitalización. Es decir, haciendo un análisis de propósito puede ser que el SRI haya usado el Art. 17 para defender intereses económicos, más no incurriendo en abuso del poder administrativo que posee. Gonzalo Fernández de León, considera que “desde el punto de vista jurídico, abuso es el hecho de usar de un poder o facultad, aplicándose a fines distintos de aquellos que son lícitos por naturaleza o costumbre”¹⁸. Tomando en cuenta las palabras de León, podríamos comprender como el SRI utiliza el Art. 17 para controlar controversias que estén bajo su potestad.

Por otro lado, el jurista Raúl Chanamé Orbe, tiene una opinión un tanto distinta explicando que el abuso del derecho es una

[Figura] por la cual, se ejerce un derecho fuera de la finalidad para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aún no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no necesariamente con el fin de beneficiarse.

Este es uno de los argumentos que los contribuyentes utilizan, alegando que la aplicación del Art. 17 que realiza el SRI afecta su interés legítimo. Queda claro entonces que el abuso del derecho en cuanto a la aplicación que le ha dado el SRI en cuanto a la subcapitalización es un tema abierto que puede ser argumentado de distintas maneras ya sea a favor del uso del mismo como en contra explicando que el mismo se constituye en un acto discrecional sin sustento, por legítimas operaciones de ahorro fiscal.

Una vez analizada la figura de abuso del derecho, podemos cuestionar si existe elusión tributaria.

En nuestra opinión, y como hemos expuesto en otras investigaciones¹⁹, la evasión tributaria en el Ecuador está identificada con toda actividad que acarrea además del pago impuesto dejado de pagar utilizando operaciones fraudulentas, una pena privativa de libertad. Casos obvios son la doble contabilidad, imprimir comprobantes no autorizados, destruir registros contables. La pregunta que ahora queda por responder es la “elusión tributaria” está permitida? es legal? es lícita?. La respuesta es no.

La elusión tributaria hace relación a lo que Joan-Frances Pont Clemente señala como “... una huida de las vías de negociales ordinarias tan teñida de ánimo elusivo que deforma la realidad hasta lo grotesco. Y la legislación ecuatoriana no ha sido ajena a este fenómeno, así el artículo 17 del Código Tributario establece formas especiales de interpretación de: a) actos jurídicos y, b) hechos económicos que se constituyan en un hecho generador de un tributo. Las mismas consisten:

¹⁸ FERNÁNDEZ DE LEÓN, GONZALO. *Diccionario jurídico*. 3.ª edición. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires, pág. 45.

¹⁹ BUSTOS, JAVIER “La elusión tributaria: Análisis del CDI Ecuador - Suiza” http://es.wikipedia.org/wiki/Categor%C3%ADa:Impuestos_de_Ecuador

1. Los actos jurídicos se valoran por lo que son y no por lo que dicen ser, a ello se refiere la norma cuando señala que los mismos se califican conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica. Supongamos el caso de un club social que celebra con sus miembros un “Contrato de Venta de Derechos” obligado a pagar el socio \$2000 dólares anuales por veinte años, la verdadera esencia de esta operación refiere a una operación no objeto de IVA (cesión de derechos) sino que su verdadera esencia se comprende en el cobro de cánones o alcuotas por el uso de instalaciones que configura una prestación de servicios, *habilitando a la Administración Tributaria al cobro de IVA dejado de pagar por esa operación; aún cuando el contrato (ley para las partes) diga una cosa distinta.*

2. En cuanto a los hechos económicos los mismos se califican conforme a las relaciones económicas que efectivamente existan. Supongamos el caso de una compraventa de inmuebles por el “valor catastral” del valor del mismo, pero que su precio real sea superior a éste, ello *habilita al Municipio a cobrar los impuestos por el precio efectivo de la operación*, más allá de aquel fijado en la escritura de compraventa.

Como vemos nuestra legislación, contiene una previsión general contra prácticas tendientes a eludir el pago de impuestos en la medida determinada por la Ley, de tal forma de evitar “...aquellas situaciones en las que los actos o negocios de un particular sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido y de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.” (Joan-Frances Pont Clemente)

8. EXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO EN EL CONTRATO OCP ECUADOR S.A CON OCP ISLAS CAIMÁN. USO DE LA FIGURA DE CRÉDITO ENTRE MATRIZ Y SUCURSAL

Para relacionar la figura de abuso de derecho dentro del contrato de OCP Ecuador S.A. con OCP Islas Caimán se debe estudiar en principio el contrato para analizar los términos acordados en los préstamos otorgados entre casa matriz y sucursal.

Existen a nivel mundial distintas interpretaciones sobre los préstamos. Uno de los problemas es diferenciar claramente entre sucursal y casa matriz. El SRI considera que el término “matriz” es mal utilizado ya que se lo considera como casa principal. Una relación con una subsidiaria se da cuando, a manera de ejemplo, existe una empresa en el Ecuador, y se crea otra en Colombia, esta se rige bajo la legislación Colombiana. Como estas son *dos personas jurídicas distintas* no existe ningún problema con que una realice un préstamo a la otra. Es decir que las subsidiarias en inicio pueden legítimamente realizar préstamos sin contravenir ninguna legislación.

El artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno considera a las sucursales como sociedades, pues de lo contrario no podrían ser sujetos de tributación en el Ecuador.

En cambio, una sucursal no es una nueva compañía (en términos societarios), es un apéndice de la compañía original (casa matriz). Bajo esta noción una compañía ecuatoriana que establezca una sucursal en Colombia se rige bajo las leyes ecuatorianas y todo lo que éstas representan. En las sucursales existe un apoderado, quien a través de un poder puede obrar a nombre de la sucursal en el otro país [Colombia].

Desde el punto de vista societario, la Superintendencia de Compañías del Ecuador acepta que se realicen préstamos entre compañías confirmando la tendencia mundial en cuanto al tema. Sin embargo es con esta aceptación que surge también el un abuso de los préstamos. Varias compañías se percataron de que si realizaban préstamos a sus sucursales con los intereses de éstos aumentarían la deducibilidad de los gastos de la sucursal y sería una manera eficiente de obtener ingresos de manera directa. El aumento de los gastos deducibles disminuye la base imponible de Impuesto a la Renta de la sucursal, en este caso era OCP Ecuador S.A.

Dados estos abusos de la norma, para evitar un aprovechamiento desmedido de la legislación se empezaron a manejar ratios que modifican la normativa tributaria mediante la creación de la cláusula anti-elusión, como explicamos en los capítulos anteriores.

9. USO DE PRÉSTAMOS EN LUGAR DE AUMENTO DE CAPITAL

Como hemos visto anteriormente, la subcapitalización plantea la pregunta de si se puede realizar operaciones de crédito entre empresas relacionadas (casa matriz-sucursal), y en caso de que se pueda, bajo qué condiciones.

No es fácil señalar los límites o ratios, siendo un problema a ser resuelto por el derecho tributario.

Sin embargo existen otros riesgos aparte del tributario, por ejemplo en el tema de competencia. En lo tributario la casa principal utiliza su dinero enviándolo como aportes a las sucursales o subsidiarias, este procedimiento se llama capitalización. La casa matriz no espera una devolución y no cobra intereses porque es parte de la misma empresa.

Sin embargo si una empresa llegara a cobrar intereses entonces ya no se hablaría de capitalización sino de un crédito. ¿Pero porque puede llegar a ser un problema?

El problema es que no se cobraba el interés máximo permitido por el Banco Central del Ecuador según lo establece ahora la norma ecuatoriana, sino que se cobraba un interés desmedido; por los efectos de obtener ingresos a través de intereses, disminuyendo de forma importante la base gravable del impuesto a la renta; y obteniendo un ahorro en el pago de utilidades obligatorias a los trabajadores (15%)²⁰.

Analizando específicamente el caso de OCP Ecuador S.A. se puede ver desde un inicio la intención de OCP Islas Caimán de recibir ingresos sin tributar por los mismos en el país de fuente (Ecuador) ni en donde se reciben los pagos (Islas Caimán).

Al estar domiciliada en un paraíso fiscal se beneficia al no pagar impuestos sobre los ingresos percibidos por concepto de intereses, y además al ser considerados como ingresos exentos en el Ecuador.

En este punto es necesario aclarar la diferencia entre las transacciones de distribución de dividendos y pago de intereses por un préstamo.

9.1. Distribución de dividendos:

Cuando la empresa A distribuye dividendos a su accionista la empresa registra una cuenta por pagar y el accionista recibe un ingreso gravado si es persona natural domiciliada en Ecuador o un ingreso exento si es una persona jurídica domiciliada en Ecuador o en el exterior siempre y cuando el beneficiario no tenga domicilio en un paraíso fiscal o en un régimen fiscal preferente.

9.2. Pago de intereses por préstamos:

La compañía A registra una cuenta por pagar que generará un gasto deducible cuando realiza el pago de intereses (lo que no ocurre en los dividendos), con las reformas incorporadas a la LRET se debe aplicar una retención en la fuente del 22%, por pagos al exterior. Antes de la vigencia de LRET no se aplicaba una retención en la fuente en el pago de créditos al exterior, pero estos no son considerados como ingresos exentos.

²⁰ Código de Trabajo Art. 97.- *Participación de trabajadores en utilidades de la empresa.- El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas. Este porcentaje se distribuirá así: El diez por ciento (10%) se dividirá para los trabajadores de la empresa, sin consideración a las remuneraciones recibidas por cada uno de ellos durante el año correspondiente al reparto y será entregado directamente al trabajador. El cinco por ciento (5%) restante será entregado directamente a los trabajadores de la empresa, en proporción a sus cargas familiares, entendiéndose por éstas al cónyuge o conviviente en unión de hecho, los hijos menores de dieciocho años y los hijos minusválidos de cualquier edad.*

El reparto se hará por intermedio de la asociación mayoritaria de trabajadores de la empresa y en proporción al número de estas cargas familiares, debidamente acreditadas por el trabajador ante el empleador. De no existir ninguna asociación, la entrega será directa.

Quienes no hubieren trabajado durante el año completo, recibirán por tales participaciones la parte proporcional al tiempo de servicios.

En las entidades de derecho privado en las cuales las instituciones del Estado tienen participación mayoritaria de recursos públicos, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

De allí que la base imponible disminuye con los intereses; mientras que si dichos ingresos se reclasificaran por su esencia si se tratasen de dividendos, la base imponible aumenta por el valor de los “falsos” intereses que no existen. Cuando el SRI realiza este análisis utilizó todos los argumentos expuestos anteriormente para concluir en su proceso de auditoría, como la OCP estaba haciendo todo lo posible para disminuir y evadir su responsabilidad tributaria en el Ecuador. En un comunicado público Carlos Carrasco, ex-director del SRI, figura activa al momento de la controversia, declaró públicamente:

Las negociaciones con OCP datan desde el año 2000. Inicialmente, se habló de una inversión de 500 millones de dólares, lo cual poco a poco fue aumentando. Luego se habla de casi 1,500 millones de dólares, que es el costo final. Se constituye la compañía domiciliada en un paraíso fiscal, en las islas Caimán, OCP compañía limitada, ellos constituyen una compañía OCP Ecuador, con sede en nuestro país y OCP Ecuador es la que se encarga del proyecto. Se realizó la entrega de un aporte de capital de 55 millones de dólares que representan menos del 4 por ciento de la inversión total. Consigue un crédito de un banco alemán por 900 millones de dólares y se "auto prestan desde el paraíso fiscal hacia Ecuador una cantidad cercana a los 500 millones de dólares." Nuestra argumentación es que por tratarse de un préstamo así mismo, por tratarse de una empresa que estaba domiciliada en un paraíso fiscal y por cuanto 55 millones de dólares no constituyen ni siquiera el 4 por ciento del costo de la inversión total, eso se llama subcapitalización y la administración tributaria ha venido glosando siempre y la Corte Nacional ha venido dando razón siempre²¹.

10. LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL CASO OCP ECUADOR S.A

Con la investigación y datos proporcionados vamos a analizar, el caso de OCP Ecuador S.A.

La OCP como una matriz, de la cual existen grandes inversionistas internacionales en materia de hidrocarburos, tiene una empresa situada en el Ecuador con nombre OCP Ecuador S.A.

Esta empresa tiene un financista que se encuentra en las Islas Caimán, detrás de la cual se encuentran todos los accionistas de la misma. El financiamiento de la obra para la cual OCP Ecuador contrató con el Estado ecuatoriano en el año 2001 lo iba a realizar OCP Ecuador S.A, lo mismo estaba establecido en el contrato, sin embargo la compañía holding localizada en las Islas Caimán y recibe un aporte de *capital de 55 millones de dólares* para la operación de la compañía.

El servicio para el cual fue contratado OCP Ecuador S.A fue para realizar un ducto para transporte de petróleo, como tal el proyecto necesitaba *500 millones de dólares, los cuales le fueron otorgados a la empresa ecuatoriana como préstamo*, la compañía pagó un interés el cual fue glosado por el SRI. La forma en la que glosó el SRI este interés generado fue a través de diferentes conceptos, estos en resumen fueron:

1. Que el financista sea una parte relacionada.
2. Que los recursos se canalicen desde un paraíso fiscal donde tiene su domicilio el financista relacionado.
3. Analizando sus índices financieros que preveía que no podía honrarse la deuda (capacidad real de pago vs. patrimonio y utilidades de la compañía).
4. Falta de garantías por parte del deudor (falta de existencia de pólizas etc.).
5. La falta de pago efectivo al prestamista.

El SRI utiliza estos cinco puntos para realizar un indicador financiero, y realiza un análisis vertical del endeudamiento versus los activos²².

Lo interesante es que la OCP Ecuador S.A. ha tenido litigios pendientes todos los años desde el 2003 hasta el 2009, todos por la misma razón, acusaciones de subcapitalización. Sin embargo en la de-

²¹ CARLOS MARX CARRASCO presume existencia del delito de prevaricato en caso OCP, http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818748669&umt=carlos_marx_carrasco_presume_existencia_del_delito_prevaricato_en_caso_ocp

²² “El análisis vertical es la herramienta financiera que permite verificar si la empresa está distribuyendo acertadamente sus activos y si está haciendo uso de la deuda de forma debida teniendo muy en cuenta las necesidades financieras y operativas.” BODIE, Z., & MERTON, R. *Finanzas*. 2003. Madrid: Pearson Education, 1.^a edición.

manda del 2005 ocurrió un suceso que marcaría la diferencia. En el 2005 el caso OCP Ecuador S.A vs. SRI se encontraba en Corte Nacional de Justicia, los jueces establecieron después de haber estudiado el caso, que *no encontraba subcapitalización* en el caso OCP Ecuador S.A y emitió una sentencia que reconocía que en casos previos en donde la Corte ya había aceptado que el artículo 17 del Código Tributario es base legal para glosar la subcapitalización, para los periodos en que no existía una regulación expresa; sin embargo en este caso no concurrían dichos supuestos.

El SRI como en ocasiones pasadas se había amparado en la norma general antielusión del artículo 17 del Código Tributario y fundamentó que al no ser préstamo en su esencia, por las condiciones particulares del caso, cabe la glosa por parte del SRI, ya que en su esencia la operación es un verdadero aporte de capital. El análisis de los jueces en el que bajo ciertos parámetros establecía efectivamente OCP Ecuador S.A. *si* tenía intenciones de que el dinero recibido sea un préstamo. Se evaluó al igual la existencia de partes relacionadas, si el dinero procedía de un paraíso fiscal, y si hubieron garantías.

Es posible encontrar el documento público en la página de OCP Ecuador S.A. en el cual bajó su punto de vista:

La compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. cumplió con su obligación contractual de obtener y asegurar el financiamiento requerido para la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados sin comprometer recursos públicos. Esto lo logra obteniendo Deuda Senior con bancos privados por la suma de USD 900 millones, aportando el capital social requerido en cumplimiento de la ley y el Contrato de Autorización por USD 55 millones, y en la medida que fue necesario para el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado, con recursos adicionales recibidos mediante una Deuda Subordinada, respecto de la cual la compañía cumplió con todos los requisitos legales y reglamentarios aplicables²³.

El préstamo subordinado que recibió la compañía OCP Ecuador S.A. de su accionista, la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ltd., fue un préstamo real que ha sido ya pagado en gran parte y un crédito externo permitido por la ley, cuyos recursos fueron efectivamente recibidos para completar el financiamiento de la construcción del OCP para beneficio del país. La autoridad tributaria ha aducido una sujeta "subcapitalización" de la compañía, cuando fue el mismo Estado el que, a través de un Decreto Ejecutivo y en el Contrato de Autorización suscrito, estableció el monto de capital social de OCP Ecuador S.A. en USD 55 millones, suma no comparable con otros casos a los que se le pretende asimilar. OCP Ecuador S.A. mantiene que cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos por la ley para que el pago de intereses de ese crédito externo sea deducible de su impuesto a la renta, y reiteró que ha actuado siempre con integridad y transparencia en todas sus actividades, y de manera particular con estricto apego a la ley en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias²⁴.

11. CONCLUSIONES DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PARA RECONOCER LA OPERACIÓN DE CRÉDITO COMO VÁLIDA Y REAL A EFECTOS TRIBUTARIOS

La Corte Nacional analizó la existencia de indicadores financieros, y si la misma era sujeto a crédito. Los jueces señalaron que OCP Ecuador S.A. había buscado la ayuda de prestamistas internacionales no relacionados a ellos, y efectivamente si lo habían hecho, habían pedido crédito a un banco alemán por 900 millones de dólares, habiendo sido calificados como sujetos viables para acceder a un crédito.

Al igual la Sala explicó que la OCP tenía capacidad de endeudamiento, y que el financista del exterior desembolsó el dinero al retribuir el préstamo. Por estas razones la Corte Nacional de Justicia dio la razón a la empresa.

Posteriormente, el SRI planteó una *acción extraordinaria de protección* en contra de la sentencia dictada por la Sala, la misma fue a *Corte Constitucional* en donde se anuló el fallo de la Corte Nacional.

La sentencia de la Corte Constitucional explica que se violó el *principio de igualdad*, ya que anteriormente existieron casos paralelos al mismo y en esos el dictamen fue distinto, esto cuestionaba la veracidad del pronunciado.

²³ Reclamación Tributaria por la Deducibilidad de Intereses de una deuda Subordinada, http://ocpecuador.com/sites/default/files/public/determinaciones_tributarias_final_20140120.pdf

²⁴ *Ibid.*

Al igual, la Corte Constitucional estableció que se violó el principio del debido proceso por falta de motivación, es decir que el fallo en el recurso de casación fue incongruente.

La Corte Nacional de Justicia vulneró el principio de igualdad consagrado en la Constitución ya que en el trámite del recurso de casación se volvió a valorar la prueba y esto no es posible dentro de un recurso de casación; además, el Tribunal Fiscal ya se había pronunciado respecto a la existencia de vulneración de la prueba, lo que reiteró una violación al principio constitucional de igualdad.

Basándonos en los hechos históricos del caso al igual que jurisprudencia ecuatoriana sobre la subcapitalización en materia de empresas petroleras²⁵ puede llegar a existir duda en cuanto al fallo a favor de OCP Ecuador S.A. Sin embargo hay que considerar que para cada controversia existen fundamentos de hecho totalmente distintos que cambian radicalmente los parámetros legislativos usados en cada caso.

La última sentencia²⁶ fue emitida el 26 de diciembre de 2013, la cual dejó sin efecto el fallo de la Corte Nacional de Justicia, reconociendo la vulneración de derechos constitucionales al debido proceso, garantía de motivación y seguridad jurídica del Servicio de Rentas Internas. Se ordenó que la Sala de Conjuces emita una nueva sentencia. El proceso retornó a Sala de Conjuces, y se encuentra pendiente de resolución.

12. CONCLUSIONES

1. En procura de la *seguridad jurídica* operaciones de economía de opción y ahorro fiscal, no podrían estar comprendidas como elusivas.
2. La norma antielusión tributaria contenida en el artículo 17 del Código Tributario, no ampara actividades de abuso del derecho o fraude de Ley, que se contemplan en el Código Civil.
3. Las operaciones de crédito entre partes relacionadas, siempre que cumplan y estén dentro de las *ratios* para no ser consideradas *subcapitalización*, serán para quien las pagó en el Ecuador un gasto deducible; toda vez que lo que se procura es evitar el abuso de la norma y no suprimir o evitar las operaciones entre partes relacionadas.
4. Solo una red de Intercambio de Información, ágil y eficaz, entre Administraciones Tributarias, evitará que se usen instituciones financieras externas como sociedades pantalla, para encubrir préstamos y operaciones cuyas partes reales intervinientes, son partes vinculadas.

²⁵ *Fallos de la Corte Nacional de Justicia.*

226-2009 SCHLUMBERGER vs. SRI.

271-2010 ANDES PETROLEO vs. SRI.

442-2010 ANDES PETROLEO vs. SRI.

357-2011 OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY vs. SRI.

²⁶ Recurso de Casación 497-2010 - AEP propuesta SRI 1735-2013-EP.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLIERI GÓMEZ, MELINA N.; BORBO QUIMÍ, JIMMY C. and VÉLEZ GARCÍA, GLADYS M. (2008): "Incidencia Tributaria de la Subcapitalización, Caso Ecuatoriano". Thesis. Escuela Superior Técnica De Litoral. Guayaquil. Print.
- BODIE, Z. y MERTON, R. (2003): "El análisis vertical es la herramienta financiera que permite verificar si la empresa está distribuyendo acertadamente sus activos y si está haciendo uso de la deuda de forma debida teniendo muy en cuenta las necesidades financieras y operativas". 1st ed. Madrid: Pearson Education. Print.
- CAMPAGNALE, NORBERTO P. y CATINOT, SILVIA G. (2000): "Limitación a la deducción de intereses. su compatibilidad con los convenios para evitar la doble imposición internacional". Argentina: La Ley. Print.
- "Carlos marx carrasco presume delito de prevaricato en el caso OCP." [Http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818748669&umt=carlos_marx_carrasco_presume_existencia_del_delito_prevaricato_en_caso_ocp.](http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818748669&umt=carlos_marx_carrasco_presume_existencia_del_delito_prevaricato_en_caso_ocp) 07 Oct. 2013. Web. 23 July 2014.
- Código del Trabajo*. Print.
- CEVALLOS VACA, MARÍA DEL CARMEN (2011): "Orientación del sistema tributario en el ecuador a partir de la ley reformativa para equidad tributaria". Thesis. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Ecuador. Print.
- "Deducibilidad tributaria por la deducibilidad de intereses de una deuda subordinada." OCP ECUADOR S.A. Web. <http://ocpecuador.com/sites/default/files/public/determinaciones_tributarias_final_20140120.pdf>
- FERNANDEZ DE LEÓN, GONZALO. *Diccionario Jurídico*, 3.^a ed. Buenos Aires. Print. Ediciones Contabilidad Moderna.
- GABRIELLI SALCEDO, CLAUDIO. "Exceso de endeudamiento con relacionados (subcapitalización)". *Boletín Tributario*, 3. Print. Salcedo & Cía. Abogados y Auditores Tributarios.
- GONZÁLEZ, POVEDA (1989): *Tributación de No Residentes*, 1 & 2 ed. España. Print.
- Ley De Régimen Tributario Interno*. Print.
- MONTESTRUQUE ROSAS, KARINA (2014): "Aspectos Fiscales de la Subcapitalización de Sociedades y su regulación en el Perú". [Http://www.teleley.com/revistaperuana/13karinar61.pdf](http://www.teleley.com/revistaperuana/13karinar61.pdf). Web. July.
- POZO, PATRICIO D. DEL (2013): "Tesis Subcapitalización". Thesis. Universidad Andina Del Ecuador. Print.
- VEGA BORRERO, FÉLIX A.: "La norma tributario en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario". Madrid: Universidad Autónoma De Madrid, 2002. Print. *Crónica Tributaria*, n.º 104.
- VIDE COUTURE, EDUARDO J. (1993): *Vocabulario Jurídico*. Depalma ed. Buenos Aires, 61-66. Print.
- VILLEGAS, HECTOR B. (2009): *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires Astea. Print.