



La Subcapitalización en la legislación ecuatoriana, análisis jurídico y sus efectos fiscales

Maestría en Tributación Internacional, Comercio Exterior y Aduanas

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Maestrante: Napoleón Santamaría Coral

Quito, 20 de enero del 2020.



La Subcapitalización en la legislación ecuatoriana, análisis jurídico y sus efectos fiscales

Maestrante: Napoleón Santamaría Coral

Tesis presentada con el objetivo de obtener el título de Magíster en Tributación Internacional, Comercio Exterior y Aduanas, en el marco del programa académico que ofrece la Universidad Externado de Colombia en asocio con el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias - CIAT.

Tutor de tesis: Olga Lucia González Parra, profesora titular, directora (E) del Departamento de Derecho Fiscal.

Quito, 20 de enero del 2020.

La Subcapitalización en la legislación ecuatoriana, análisis jurídico y sus efectos fiscales

Maestrante: Napoleón Santamaría Coral

Rector: Juan Carlos Henao

Secretaria General: Martha Hinestrosa

Directora (E) Departamento de Derecho Fiscal: Olga Lucia González

Director de Tesis: Olga Lucia González

Jurados: José Manuel Castro Arango, Mauricio Marín Merizalde

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Tributación Internacional, Comercio Exterior y Aduanas

Dedico este trabajo a:

A mi familia, quienes debieron ceder largas horas de vida familiar, para que pueda concluir este proyecto personal de desarrollo académico.

A mis profesores de la Universidad Externado de Colombia, que gracias a sus conocimientos pude adentrarme de forma plena al mundo de la subcapitalización.

A las nuevas generaciones de abogados para que, a través del estudio del derecho, colaboremos todos en construir al Ecuador, como un gran país.

A la perseverancia que es el mejor atributo del ser humano, que no cuesta nada y esta a disposición de quien lo decida adoptar.

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN.	6
1.1 FISCALIDAD INTERNACIONAL Y PLANEACIÓN FISCAL AGRESIVA.	8
1.2 ACCIÓN 4 BEPS: LIMITACIÓN DE LA EROSIÓN DE LA BASE IMPONIBLE POR VÍA DE DEDUCCIONES DE INTERESES Y OTROS GASTOS FINANCIEROS.	10
2. LA SUBCAPITALIZACIÓN.	18
2.1 DEFINICIÓN DOCTRINARIA Y CONSIDERACIONES GENERALES.	20
2.2 SUBCAPITALIZACIÓN MATERIAL.	24
2.2.1 Operaciones Colaterales. (back to back loans).	28
2.2.2 Importaciones y Leasing Internacional.	30
2.3 SUBCAPITALIZACIÓN FORMAL.	31
3. MÉTODOS DE CORRECCIÓN.	35
3.1 MÉTODO SUBJETIVO.	36
3.1.1 Capacidad de endeudamiento.	37
3.1.2 Origen del endeudamiento.	38
3.1.3 Destino del endeudamiento.	40
3.2 MÉTODO OBJETIVO.	43
3.3 EFECTOS DE LA CORRECCIÓN.	45
3.4 DERECHO COMPARADO: REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.	47
4. TRATAMIENTO AL CRÉDITO EXTERNO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y LOS EFECTOS FISCALES DEL GASTO INTERÉS.	54
4.1 TRIBUTACIÓN SOBRE INTERESES, COSTOS FINANCIEROS Y DIVIDENDOS.	63
4.2 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA SUBCAPITALIZACIÓN.	69
4.3 EFECTOS DE LA PRÁCTICA ELUSIVA DE LA SUBCAPITALIZACIÓN EN EL IMPUESTO A LA RENTA Y EN LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES.	72
4.4 PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EMITIDOS SOBRE CASOS DE SUBCAPITALIZACIÓN.	74
5. CONSIDERACIONES FINALES Y RECOMENDACIONES.	79
6. BIBLIOGRAFÍA.	84

1. Introducción.

La subcapitalización entendida como una práctica agresiva que busca deliberadamente, transferir bases imponibles en favor de jurisdicciones preferentes al momento de soportar la carga fiscal, tiene gran relevancia en el estudio del derecho tributario ecuatoriano, no solo porque debe ser combatida como sistema de elusión fiscal, sino también porque es menester establecer las reglas precisas que debe observar la inversión extranjera, al momento de realizar una localización de fondos en el país, conociendo con precisión el capital propio que debe recibir su filial¹ o subsidiaria, así como el endeudamiento máximo, tratándose de partes relacionadas. En nuestro trabajo también incluiremos un análisis comparativo entre la fiscalidad del gasto interés, a propósito de la subcapitalización, y el régimen tributario aplicable a los dividendos. Importante análisis que permitirá evidenciar el potencial interés del inversionista extranjero de situar gran parte de su inversión como deuda y no como capital propio, debido al beneficio que recibe el gasto interés, al momento de liquidar el 25% de

¹ Filial (sociedad). La constituida de modo que la totalidad o la mayoría de sus participantes se distribuye a otra sociedad (madre). Forma típica de formación de grupo de empresas, en que, manteniéndose la independencia jurídica, se produce una unidad de dirección económica. Para determinados supuestos la legislación considera sociedades filiales aquellas en que se tiene por la sociedad madres una participación significativa o del control aunque no se mayoritaria. En sentido amplio, puede considerarse sociedad filiar no sólo la que se constituye por la sociedad madre, sino incluso aquélla ya en funcionamiento en la que otra sociedad acaba teniendo participación significativo. Pero en este caso son diferentes los problemas que se plantean. (Enciclopedia-juridica.com, 2020)

impuesto a la renta corporativa y el 15% de participación de los trabajadores en la utilidad de la empresa, respecto de lo gravoso que resulta generar y posteriormente distribuir dividendos desde entidades residente fiscales en Ecuador.

El trabajo que pretendemos desarrollar es analizar las normas anti - abuso que la doctrina ha desarrollado para mitigar el tema de la subcapitalización, así como las directrices que al respecto ha emitido la OCDE, para posteriormente analizar la legislación nacional y su jurisprudencia, a fin de concluir si efectivamente Ecuador mantienen un adecuado marco normativo que permita combatir eficientemente esta problemática fiscal; y en caso de ser procedente, realizar las recomendaciones que permitan mejorar o equilibrar un sistema anti – subcapitalización justo y eficaz. Nuestro trabajo también incluirá un estudio de derecho comparado con la legislación española, no únicamente por ser permanentemente un referente de nuestra normativa, sino también porque permite adentrarnos en los conceptos que la Unión Europea ha desarrollado sobre este tema.

El presente trabajo encuentra plena justificación no solo porque aborda un tema de trascendental importancia para la tributación nacional, sino además porque en diciembre del 2019, Ecuador realizó una reforma legal a sus normas de subcapitalización, misma que estarán vigente a partir de enero del 2020.

1.1 Fiscalidad Internacional y planeación fiscal agresiva.

A pesar que se trata de una práctica tan antigua como la tributación misma, en lo últimos años, los países latinoamericanos se han visto forzados a efectuar significativos esfuerzos por incorporar en sus legislaciones, normas tendientes a evitar abusos por prácticas fiscales agresivas, generalmente protagonizadas por grupos empresariales multinacionales, aunque no de forma excluyente, pues dichas prácticas también han sido utilizadas por otros actores, siempre bajo la condición de ser relacionados. La generalidad de una trama fiscal es involucrar a dos o más jurisdicciones, a través de las cuales se planifica una disminución de bases imponibles, erosionando la capacidad contributiva de una empresa y transfiriendo dicho beneficios en favor de otra empresa, situada en una jurisdicción donde las rentas, o se encuentran exentas o soportan un tratamiento fiscal preferencial. Planificación que a criterio de García Belsunce busca: “reducir el peso de sus obligaciones tributarias, minimizándolas y, al propio tiempo, procurar la maximización de las utilidades” (2003, Volumen 2, p. 565)

Una de aquellas distorsiones tributarias, que podría calificar en práctica fiscal agresiva, tiene que ver con el problema de la subcapitalización o infra - capitalización, es decir, con aquella operación donde el aporte de capital del socio se disfraza como préstamo, con la finalidad de obtener un rendimiento fijo, que le produce un gasto y por ende una disminución de la base imponible. Castro Arango define esta operación como

capitalización encubierta y sostiene que mediante esta se: “puede llevar a relocalizar bases imponibles entre entidades mediante recursos que son asignados como deuda y no como fondos propios” (2013, p.163).

En resumen la subcapitalización es una de entre varias operaciones, que podrían calificar como planificación fiscal agresiva, si la intención positiva es la de reubicar bases imponibles, entre compañías de un mismo grupo económico, en jurisdicciones menos gravosas o más preferentes desde un balance tributario. Como la misma óptica se juzgan y valoran operaciones tales como: pago de servicios intra - grupo, reembolsos de gastos internacionales, precios de transferencia, entre otras.

Los esfuerzos normativos se han visto en apuros por las crecientes necesidades de los Estados para acceder a recursos nuevos y mayores que les permitan equilibrar sus deterioradas finanzas publicas, optimizando un sistema recaudatorio que permita atender, tanto el gasto corriente como es la nómina del sector público y otros gastos administrativos, como destinar recursos a las inversiones de capital, ciencia y tecnología. Por su parte, los contribuyentes agobiados por la excesiva carga fiscal, la recesión económica mundial y una desmedida intención de acumulación, que juegan como verdaderos enemigos de la rentabilidad de la empresa privada, han activado prácticas tendientes a erosionar sus bases imponibles. Para Belisario Villegas resulta innegable: “que la globalización ha tenido efectos positivos en los sistemas de ciertos países organizados, siendo, por ejemplo, una de las fuerzas motrices que han llevado a

reformas fiscales centradas en la ampliación de la base impositiva y la reducción de tasas de imposición” (2003, p. 649)

Ante la crisis económica mundial registrada a inicio del año 2000, que afectó severamente a países desarrollados que comenzaron a sentir recesión en sus aparatos productivos, pérdida en el indicador de pleno empleo, deterioro de sus sistema financiero y mermas significativas en sus reservas internacionales, se provocó una reacción con la necesidad de generar nuevos recursos fiscales, por lo que se activa una plataforma que busque combatir de forma decidida la opacidad fiscal, los paraísos fiscales, los regímenes preferentes y las jurisdicciones de baja tributación, lo que finalmente se inaugura en abril del 2009, en la conferencia del G-20² en Londres.

1.2 Acción 4 BEPS: Limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros.

El denominado grupo de los 20 países más desarrollados consciente de las prácticas fiscales internacionales y su agresiva implementación para disminuir y trasferir

² Es un foro integrado por los 20 países más ricos del mundo, que representan el 85% de la economía mundial. El foro es un espacio de cooperación y consultas entre los países en temas relacionados con el sistema financiero internacional. También estudia, revisa y promueve discusiones sobre temas relacionados con los países industrializados y las economías emergentes. Está integrado por Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Francia, Alemania, India, Indonesia, Italia, Japón, México, República de Corea, Rusia, Arabia Saudita, Sudáfrica, Turquía, el Reino Unido, los Estados Unidos y la Unión Europea (UE).

bases impositivas desde jurisdicciones fiscalmente más gravosas hacia jurisdicciones más preferentes o benévolas, solicitó a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) realice un análisis profundo de este problema, con la finalidad de desarrollar un plan de acción que aborde la problemática de una manera integral y coordinada, proponiendo un conjunto de acciones o recomendaciones a los países miembros para que paulatinamente vayan incorporando en su legislación local.

La OCDE³ ha emitido un conjunto de recomendaciones tratando de limitar la evaporación de bases impositivas, proponiendo en total quince (15) acciones

³ La **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico** es un Organismo Internacional de carácter intergubernamental del que forman parte 37 países miembros. La OCDE fue creada en 1960 con sede en París, para dar continuidad y consolidar el trabajo realizado por la antigua Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) que se había constituido para canalizar la implementación del Plan Marshall. La OCDE sustituyó a ésta en la tarea de impulsar la reconstrucción y el desarrollo en el continente tras la Segunda Guerra Mundial.

Desde hace más de 50 años la OCDE es un foro en el que los Gobiernos de estos Estados, todos ellos democracias con una economía de mercado, trabajan conjuntamente con el fin de enfrentarse mejor a los desafíos económicos, sociales y de buen gobierno para aprovechar de manera más eficiente las nuevas oportunidades que surgen y coordinar políticas locales e internacionales.

Los objetivos que se marcaron entonces siguen aún vigentes (Artículo 1 de la Convención de la OCDE de 1960):

- Lograr la máxima expansión posible de la economía y del empleo y aumentar el nivel de vida en los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial.
- Contribuir a una sana expansión económica de los países miembros y en los países no miembros en vías de desarrollo.
- Contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales.

El trabajo de la OCDE se centra, por tanto, en el análisis del Desarrollo Económico y Social, así como de todas las políticas sectoriales que influyen en él. De ahí que su ámbito de actividad abarque no sólo el estudio y seguimiento de la situación económica y de las políticas económicas que se aplican en los diferentes países, sino también las cuestiones sociales, medioambientales, energía, educación, economía de la salud, actividades industriales y de servicios, comercio, ayuda al desarrollo.

Desde un punto de vista práctico, los trabajos que realiza la OCDE se materializan en informes y recomendaciones de utilidad para las Administraciones Públicas y los Gobiernos de los Estados miembros, así como para un gran número de Estados no miembros que siguen con interés el trabajo de esta Institución.

relacionadas con: economía digital, neutralizar efectos de mecanismos híbridos, limitar pago de intereses, prácticas fiscales perniciosas y transparencia, utilización abusiva de convenios fiscales, impedir elusión a través de establecimientos permanentes, entre otras.

Para el enfoque de nuestro trabajo, nos compete estudiar las recomendaciones que eviten excesos de deducciones por concepto de interés y costos financieros entre empresas del mismo grupo o compañías relacionadas, y para el efecto, ha desarrollado la Acción 4 que contiene: “La limitación de la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros gastos financieros” (*Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4*). Dicha acción encuentra plena justificación en la globalización de la economía y sustancialmente en el mercado de capitales, donde un grupo empresarial tiene plena libertad de movilizar sus recursos económicos para localizarlos entre sus subsidiarias y asociadas, definiendo si los mismos deben registrarse como capital propio o como cuota de préstamo. Igual libertad tendrá el grupo cuando se trata de obtener el financiamiento de sus operaciones de terceros, es decir, decidir donde localizar el acumulado del apalancamiento y su posterior distribución, entre las empresas asociadas, como capital propio o como deuda.

Los riesgos de erosionar bases imponibles y traslado de beneficios que ha establecido la Acción 4 BEPS en relación a deducciones de intereses y otros costos financieros, son relevantes debido a la autónoma decisión de un grupo empresarial de calificar la inyección de capital en una empresa del grupo, bien como capital propio o bien como deuda, resultando que en el primer caso su retribución será el pago de un dividendo que no disminuye la base imponible del prestatario, pues este pago se realiza a posterior de las utilidades generadas; mientras que en el segundo, existe el pago de intereses que efectivamente disminuye la base imponible del deudor y por consiguiente su carga fiscal. En relación al prestamista: “las rentas obtenidas por los intereses cobrados son un ingreso gravable por el criterio de renta mundial en la medida que aumentan el beneficio calculado en este último Estado” (Castro Arango, 2013, p. 163).

Desde luego, siempre que dicho principio sea aplicado por el país de residencia del prestamista y encontrarse por consiguiente sujeto a tributación, sin embargo, en muchos casos el perceptor de la renta, sea interés o dividendo encuentra desmedido alivio, limitación o exoneración fiscal al momento de tributar por la renta percibida. Ahí la importancia de la Acción BEPS para corregir estos desequilibrios perniciosos. En concreto, la acción 4 BEPS estima que la inyección de capital vía deuda, entre empresas del mismo grupo o relacionadas, puede presentarse en los siguientes casos:

“El grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países de elevada tributación.

El grupo utiliza préstamos intra - grupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.

El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen”.

El estudio de la OCDE recomienda trabajar “en mejores prácticas fiscales con la finalidad de establecer una norma de *ratio fijo* que limite las deducciones netas de una entidad, en concepto de intereses y otros pagos económicamente equivalentes a intereses, a un porcentaje determinado de sus beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones”; es decir, una deducción con límite máximo en relación a las ganancias obtenidas luego de aplicar el conocido método EBITDA⁴. En concreto, Acción 4 BEPS sugiere a los países incorporar una norma nacional que limite la deducción del gasto intereses a una *ratio fija*, que podría variar desde el 10% al 30% de las ganancias luego de aplicar a los estados financieros el método EBITDA. La razón fiscal de esta norma encuentra justificación en la necesidad de reservar una parte de la base imponible que siempre estará sujeta a tributación; vale decir, en ningún caso se deberá permitir que el costo financiero del endeudamiento relacionado vacíe por completo la base imponible, pues su límite máximo será, en el mejor de los casos, el 30% del EBITDA.

⁴ Utilidades antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización -EBITDA- (*por sus siglas en inglés*).

La sugerencia también incluye una posibilidad de exceder la *ratio fija*, si al analizar a todo el grupo empresarial se determina que no existe exceso de endeudamiento y por consiguiente de costos financieros en su conjunto (*group ratio rule*). Tal el caso donde aparentemente la entidad observada superaría los límites del endeudamiento previsto, más en un análisis más prolijo se podría advertir que todo el grupo empresarial sostiene similar endeudamiento, evento en el cual la norma podría permitir límites superiores de endeudamiento, siempre que el mismo haya sido adquirido con partes no relacionadas.

La norma anterior también puede ser remplazada por otras normas de *ratio* de grupo diferente, como es el caso de la norma de salida de fondos⁵, que compara el nivel de capital social y monto de activos de una determinada entidad en relación al monto de activos del grupo al que pertenece. Un país tiene la libertad de no introducir una norma de *ratio* de grupo. No obstante, en ese caso dicho país deberá aplicar la norma de *ratio fijo* a las empresas pertenecientes a multinacionales y a grupos de empresas nacionales indistintamente, sin discriminación alguna.

La Acción también recomienda que su tratamiento y aplicación reconozca el concepto de costos financieros netos, de tal forma que se consideren los egresos financieros realizados a fin de cumplir los pasivos adquiridos menos los ingresos

⁵ Denominada “equity escape” y que establece una relación de activos de una empresa en relación con todo el grupo para determinar el peso de su carga financiera.

financieros obtenidos por inversiones realizadas, siempre que dicha posición deudora y acreedora se produzca en la misma entidad analizada.

También establece la posibilidad de arrastrar los costos financieros hacia ejercicios fiscales futuros (*carry forward of disallowed interest*) debido a que en el ejercicio en curso no existe la posibilidad de deducción de dichos gastos financieros. Tal el caso de una actividad de construcción, donde el proyecto podría iniciar con un fuerte endeudamiento los primeros años sin recibir ingresos operacionales, y terminar el proyecto con ingentes ingresos y sin gastos financieros por la probable amortización de la deuda. Y con lógica inversa debería permitirse anticipar el costo financiero de endeudamiento futuro, por las mismas razones antes comentadas (*carry back of disallowed interest*). Esta posibilidad de adelantar o atrasar deducciones de costos financieros debería siempre estar regulada en su límite máximo establecido por el *ratio fijo*.

Finalmente, la recomendación de la OCDE sobre esta temática es excluir de este tratamiento a bancos y compañías de seguros, pues generalmente dichas entidades reportan mayores ingresos que gastos financieros, por lo que su posición neta sería generalmente negativa y, por lo tanto, imposible de recibir aplicación de *ratio fija*. Similar exclusión se permitiría a entidades que ejecuten obras o proyectos públicos de interés social, pues los mismos por su natural apalancamiento requieren de importantes recursos financieros.

Todo lo anterior, sin perjuicio a que los países adopten las medidas que consideren necesarias y prudentes a su realidad macroeconómica, siempre que se mantenga el espíritu, sentido y alcance de Acción 4 BEPS. Complementado su legislación, cuando fuere pertinentes con otras acciones, tales como: Acción 2 neutralizar mecanismos de instrumentos híbridos; Acción 5 Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia; y, Acción 12 Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.

Consideramos que las directrices expuestas en la Acción 4 BEPS es positiva, pues al establecer una *ratio fija* de deducibilidad de costos financieros, equivalente hasta un 30% del EBITDA se permitirá, entre otras cosas: facilitar el endeudamiento relacionado controlado y razonable respecto de los beneficios recibidos por el prestatario; si un grupo empresarial mantiene varias entidades deudoras en un mismo país, el análisis debería ser en conjunto; el costo financiero con empresas relacionadas será analizada desde la perspectiva de los reales beneficios obtenidos mediante el método EBITDA; podría permitirse retrasar o adelantar la deducción de los costo financiero observando la realidad operacional de la entidad; la *ratio* no aplicaría a endeudamiento obtenido por bancos, compañías de seguros y para ejecutar proyectos públicos de interés social; y, los países deberán incorporar, valorando sus razones macroeconómicas, las normas que permitan adaptar de mejor forma las recomendaciones emitidas por la Acción.

2. La Subcapitalización.

Los Estados ejerciendo su potestad de imperio fiscal, al momento de recaudar los tributos, se han visto relativamente imposibilitados de exigir el cumplimiento total y exacto, de las obligaciones fiscales, no por ausencia del tipo legal que establece el tributo, sino por falta de especificaciones previas que permitan controlar la composición, cuidado y preservación de la base imponible y del consiguiente tributo. .

Si bien los Estados, a través de sus órganos competentes, fundamentalmente la función legislativa y a través de normativa inferior las Administraciones Tributarias dependientes del poder Ejecutivo, han previsto la existencia de tributos y sus elementos integrantes, como el hecho generador, los sujetos activos y pasivos, bases imponibles y cuantías del tributo, su especificación se ha visto desbordada por dos razones concretas: i) el agresivo desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, auspiciadas bajo un entorno globalizado, que ha establecido nuevas y modernas formas de circulación no solo de capitales, sino también facilidades para localizar y deslocalizar la residencia de headquarters⁶, que en muchos casos justificados por la realidad económica de las operaciones son válidos y ciertos, sin embargo en otras oportunidades, han constituido la

⁶ Sede Central (en inglés *headquarters* o *HQ*) es el nombre que recibe el lugar en el que se concentran la mayoría de, si no todas, las funciones importantes de una organización.

excusa necesaria para ejecutar prácticas fiscales agresivas, intolerables por parte del derecho positivo; y, ii) La incapacidad de los Estados para adoptar las medidas legales necesarias a fin de detener, o al menos regular de forma precisa y puntual, operaciones y opciones económicas ejecutadas por los sujetos pasivos, que en muchos casos pudieran constituir en verdaderos mecanismos de elusión o evasión fiscal. Aunque no es parte de este trabajo, queda por analizar la posibilidad cierta que el Derecho acompañe al mismo ritmo, el desarrollo y evolución de las relaciones económicas en un mundo globalizado.

La Subcapitalización es apenas una de las distorsiones fiscales que pueden afectar la capacidad recaudadora de los Estados, pues simula un endeudamiento entre partes relacionadas, situadas en diferentes Estados, que desprecian el fortalecimiento patrimonial del deudor y trasladan bases imponibles al acreedor, a través del pago de intereses, que regularmente obtiene mayores beneficios fiscales ya porque dichas rentas están limitadas en su gravación fiscal, ya porque se encuentran exentas, ya porque se compensan con otras pérdidas, entre otras similares. Desde luego que esta operación trae incorporada la intención velada de un abuso fiscal, que desprecia la realidad económica de las operaciones y supervalora los intereses fiscales del grupo económico. Así lo entienden los profesores Manisakva y Lucio quienes entienden la subcapitalización como: “la financiación con capital ajeno, en forma desproporcionada frente a la financiación con capital propio en una empresa, por causa de tratamientos tributarios diferenciales” (1998, p.61).

2.1 Definición doctrinaria y consideraciones generales.

La Subcapitalización en un sentido amplio debe entenderse como toda operación económica agresiva realiza entre partes relacionadas, que desprecian la realidad económica de la operación, con la marcada finalidad de obtener un beneficio fiscal. Generalmente esta operación simula cualquier método de endeudamiento, para castigar los resultados del deudor mediante el pago de costos financieros, en beneficio del acreedor quien obtiene un beneficio fiscal al momento de percibir el ingreso financiero. Las partes generalmente se encuentran situadas en diferentes jurisdicciones, ubicando al acreedor en la jurisdicción de mayor beneficio fiscal, sin embargo, también podría devenir en subcapitalización el endeudamiento entre partes relacionadas de una misma jurisdicción, donde el acreedor puede asumir la renta de los ingresos financieros de mejor manera, por ejemplo, cuando registra pérdidas operacionales. Estas operaciones siempre se evidencian pues producen una notable distorsión en los estados financieros, al comparar elevados niveles de endeudamiento, frente a reducidos índices de patrimonio y rentabilidad en una empresa⁷.

Como lo cita el tratadista Félix Vega una sociedad se encuentra sub - capitalizada o infra - capitalizada cuando “su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios y la cifra que resulta de las

⁷ En el presente trabajo la utilización del término *empresa* deberá ser entendido como aquella actividad económica puesta en marcha, ya por una persona natural ya por una jurídica.

distintas partidas que integran los recursos ajenos” (Vega, 2002, p.16). Definición amplia y generosa que permite incorporar este análisis a una ecuación de equilibrio financiero, donde una exagerada y abultada posición pasiva frente a la estructura patrimonial de una empresa, sugiere que podría estar endeudada no con intenciones operacionales, sino mas bien por razones de beneficio fiscal, ya que el pasivo generará por naturaleza un costo financiero.

Por su parte, el profesor Héctor Villegas al tratar la subcapitalización sostiene que “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 baja.” (2003, p. 376)

Como puede apreciarse Villegas nos introduce en un campo más objetivo, donde se distingue el capital propio del préstamo, siendo anulado el primero y permitiendo que el segundo retribuya rendimientos financieros en favor de un tercero relacionado, situado en una jurisdicción donde puede obtener mayor beneficio fiscal.

En lo concreto, la subcapitalización presupone varios condicionamientos necesarios, para ser calificada como tal, ya que *per se* el hecho de mantener un importante endeudamiento en los estados financieros de una entidad, no representa un acto impropio o conducente a un elusivo fiscal. Es decir, el endeudamiento es sin duda alguna, quizá la originaria y ortodoxa forma de financiar la realización de actividades

económicas, hasta podríamos mencionar que es el génesis del que penden las empresas para desarrollarse, y por lo general, en su capacidad de apalancar sus actos de comercio a través de la obtención de préstamos. Por ello es que compartimos el criterio de algunos tratadistas que entienden, al menos en inicio, como operaciones no subcapitalizadas, las siguientes: “Los préstamos concertados entre empresas del mismo grupo fiscal; los préstamos concertados con entidades residentes en territorio español que tributen al mismo tipo de gravamen; los préstamos concertados con entidades residentes en el extranjero que tributen a un tipo de gravamen igual o superior al tipo de gravamen de la entidad prestataria; y, los préstamos destinados a la adquisición de participaciones cuyos dividendos no disfruten de exención o no disfruten de deducción plena” (Sanz Gaeda, 2012, p. 58).

Es más, los propios Estados recurren al endeudamiento para financiar la gestión del gobierno y equilibrar sus cifras presupuestarias, en tal contexto los propios Estados no pueden ni deben desmerecer las virtudes y beneficios del endeudamiento real y justificado, pues estimula el aparato productivo y genera mayor riqueza para las naciones.

La subcapitalización agresiva solo puede presentarse entre partes relacionadas, muchos tratadistas consideran que esas partes deben estar ubicadas en distintas jurisdicciones fiscales, entre las cuales obtienen beneficios al deducir costos financieros en una jurisdicción más gravosa y tributar en otra, que concede menores tarifas

impositivas. Nosotros apoyamos la teoría que considera que también existe subcapitalización entre partes relacionadas de un mismo país, pues la ventaja fiscal tanto puede producirse por efecto de tasa impositiva con otra jurisdicción, como por condiciones propias de planeación fiscal agresiva entre entidades de un mismo Estado, así por ejemplo, cuando la entidad pagadora registra importantes utilidades y la receptora pérdidas operacionales, de tal forma que con el pago de intereses se logra equilibrar elusivamente los estados financieros de las entidades; o, cuando la receptora del interés disfruta de un régimen fiscal preferente o excepcionado en el pago del impuesto a la renta, por expresa disposición de la ley. El problema de la subcapitalización tiene un origen y una perspectiva de solución: “el distinto tratamiento de la deuda y del capital, de manera que la mejor forma de resolverlo es mediante la eliminación de las diferencias fiscales entre los dividendos y los intereses, tanto para el prestamista como para el prestatario” (Castro Arango, 2013, p. 164).

Por consiguiente, el endeudamiento no refleja ninguna conducta evasiva, peor aun cuando el mismo proviene de partes no relacionados. La subcapitalización representa una práctica elusiva, cuando aparecen determinados elementos como lo hemos mencionado en líneas precedentes. Para avanzar en el análisis es menester distinguir dos clases de Subcapitalización, diferenciadas por su interés o causa de realización, a saber: material y formal⁸.

⁸ Para diferenciar las clases de subcapitalización he preferido la denominación adoptada en Europa, donde se distingue entre material y formal; antes que las denominaciones utilizadas en los países latinoamericanos

2.2 Subcapitalización Material.

La Subcapitalización Material se presenta como la insuficiente aportación de capital en la empresa, por parte de sus accionistas o socios, lo que en principio generaría la imposibilidad de cumplir el objeto comercial o razón económica, de la industria o negocio.

Esta insuficiencia en el aporte de capital, puede obedecer a la real incapacidad del inversionista para proveer dichos fondos, evento en el cual la empresa busca en otras fuentes de terceros independientes, el financiamiento de sus operaciones económicas, y por consiguiente elevados índices de endeudamiento se encontrarían plenamente justificados. Castro Arango al tratar sobre el financiamiento empresarial señala que: “Las dos figuras clásicas de financiación empresarial son: i) el capital o fondos propios (equity) y ii) la deuda o endeudamiento (debt). Los réditos o frutos de la primera serán, en principio, dividendos, y en el caso de los segundos, intereses” (2013, p. 163).

Desde luego que la real incapacidad de proveer fondos disponibles, deberá ser probada, mediante la propia estructura financiera de la empresa, quien al demandar apalancamiento no debería disponer de su propia liquidez en otros menesteres impropios

quienes generalmente la clasifican en material y nominal. Esta preferencia obedece a que, en mi opinión hay mayor precisión al referirse a subcapitalización formal antes que subcapitalización nominal.

a su actividad, ni tampoco comprometer activos líquidos en operaciones inusuales o, lo que es peor, utilizar el endeudamiento en gasto innecesario o activos improductivos. Finalmente cabe mencionar que el endeudamiento debe estar soportado en realidades jurídicas, vale decir, contratos, documentos contables y financieros, garantías y demás características que evidencien su legalidad, so pena de ser declarada falsa o irreal y por consiguiente calificada como potencial subcapitalización.

La mentada insuficiencia de provisión de fondos en la empresa también puede obedecer a la decisión consciente del inversionista de colocar menor riesgo en su capital de trabajo, prefiriendo el endeudamiento externo como mecanismo de apalancamiento de sus operaciones y en consecuencia asumiendo el costo financiero que implica el uso de capital ajeno. Desde luego que esta decisión también debería estar sustentada en la consistencia de un capital propio que permita atraer al acreedor externo para obtener préstamos.

La decisión de no colocar fondos propios en el capital de la empresa, a cambio de que esta busque sus propias fuentes de endeudamiento puede encontrar variadas razones como económicas, políticas, de riesgo económico, inseguridad jurídica, entre otras, es decir razones de diferente naturaleza pero siempre ajenas a cualquier interés fiscal, puesto que el prestamista, al ser independiente y no relacionado con el deudor, busca obtener el mayor lucro posible de la operación ejecutada, a través del rendimiento financiero; renta que estaría sujeta en cabeza del prestamista y en su jurisdicción fiscal.

Como quedó mencionado, la subcapitalización material resulta de un endeudamiento real y necesario al que accede una entidad con un prestamista no relacionado situado en el exterior o en la misma jurisdicción fiscal, y que se fundamenta en diferentes razones de orden económico, jurídico y hasta de carácter político

Sin embargo, con la proliferación de paraísos fiscales, regímenes preferentes y/o jurisdicciones de menor imposición la posibilidad que el prestamista se sitúe en una de estas jurisdicciones complica aún más el análisis objetivo para determinar la esencia de una operación de crédito. Si bien es cierto, las diversas legislaciones cubrieron con normativa nacional la posibilidad de obtener préstamos de paraísos fiscales, las crecientes estructuras societarias que permiten obtener un lesivo interés fiscales, como los regímenes preferentes y jurisdicciones de menor imposición han provocado nuevos problemas en la fiscalidad internacional, dado que grupos transnacionales han estructurado complejos sistemas de organización para situar empresas prestamistas en aquellos lugares, donde la percepción de rendimientos financieros generalmente se encuentren liberados de cargas fiscales o al menos, son sometidos a mínimas presiones tributarias.

Así lo entiende Castro Arango cuando sostiene que: “es posible que exista un menor impuesto en el Estado de residencia del prestamista, bien porque la sociedad pueda compensar deudas con los ingresos financieros, porque el tipo de impuesto sobre

los beneficios empresariales sea nulo o más bajo, o porque se declaren exentas las rentas obtenidas en el exterior como consecuencia de la aplicación de un método para eliminar la doble imposición” (2013, p.164)

Por lo mencionado, en un primer análisis para concluir la existencia o no de operaciones sub capitalizadas será menester analizar no solo la jurisdicción en la que se asienta el prestamista, sino también la posibilidad de utilización de estructuras societarias que conceden regímenes preferentes o jurisdicciones de menor imposición.

En conclusión, si la operación crediticia muestra clara y evidentemente que se trata de un endeudamiento económicamente real y jurídicamente válido, donde no existe intención de obtener un beneficio fiscal al trasladar bases imponibles desde la sede del prestatario en favor del prestamista, entonces podemos concluir que se trata de una subcapitalización material, y por lo tanto no afecta a correcciones por parte del derecho tributario. En sentido contrario, la ausencia probada de dicha realidad económica y esencia jurídica en operaciones de crédito, a riesgo de su difícil determinación, deberá ser tratada como subcapitalización formal, figura que es aprehendida por la tributación y corregida en sus efectos fiscales, conforme lo analizaremos más adelante.

Como breve ilustración, comentaremos dos operaciones que si bien en inicio se podrían presentar como simples operaciones de crédito (subcapitalización material),

luego de un análisis detallado y prolijo, podrían ser calificadas como operaciones elusivas, y en consecuencia, devenir en subcapitalización formal.

2.2.1 Operaciones Colaterales. (back to back loans)

Una operación de préstamo garantizada con un colateral o garantía aportada por una parte relacionada del deudor, resulta una tarea muy difícil de determinar y controlar, pues la institución financiera que se sitúa entre el deudor y el garante del préstamo distrae cualquier análisis objetivo de subcapitalización. “Las normas anti subcapitalización suelen aplicarse también en operaciones *back to back loans* donde se utiliza un financiamiento de un tercer sujeto, pero este es garantizado por un vinculado con la financiada” (Castro Arango, 2012, p. 19)

El colateral está definido como: “algo de valor que el prestatario deja como garantía al prestamista para respaldar una obligación de deuda o una transacción derivada con objeto de mejorar la solvencia crediticia del prestatario o de la otra parte contratante” (Economia48.com, 2020).

Como se puede apreciar, para evitar una calificación de subcapitalización, la garantía⁹ por naturaleza debe provenir de las operaciones mercantiles propias del

⁹ Acción de asegurar por cierto tiempo el resultado de una cosa que se vende. Seguridad proporcionada por alguien para garantizar el cumplimiento o compromiso adquirido por otra persona en caso de que ésta no lo cumpla.

negocio del deudor, vale decir, para efectos fiscales no sería admisible que la cobertura sea proporcionada por filiales, accionistas o en general terceros relacionados. Y no puede ser aceptada esta garantía concedida por una parte relacionada porque el efecto lesivo de una subcapitalización formal se mantiene, ya que el deudor registraría el costo financiero, mientras que el garante relacionado percibiría el ingreso sujeto a nula o baja tributación.

En este orden de ideas y a pesar que en definición conceptual la operación colateral es muy precisa y contundente, cabe cuestionarnos, ¿cómo poder establecer o calificar que un préstamo ha sido obtenido gracias a una garantía colateral? Cuestionamiento muy álgido y difícil, pues solo la institución financiera conoce si el préstamo se encuentra garantizado o no, y llegar a ese conocimiento será muy difícil y más aún si la financiera se encuentra situada en el exterior.

Como quedó expuesto en líneas anteriores, un endeudamiento proveniente de una institución financiera situada en un paraíso fiscal debería ser calificada *ipso jure* como una subcapitalización lesiva, aquella llamada formal, que más adelante abordaremos.

Valor que protege contra pérdidas a una persona o entidad legal que ha dado un préstamo, en caso de falta de pago de la obligación contraída. Economía48.com. (2020)

Sin embargo, tratándose de créditos concedidos por instituciones financieras del exterior no situadas en paraísos fiscales, la calificación es muy compleja y hasta podríamos decir imposible, por la dificultad de obtener información fiable, veraz y legal, en tal virtud, somos de la opinión que estas operaciones para ser calificadas como válidas y aceptables desde la óptica fiscal, deben mostrar de forma fehaciente y fidedigna las garantías entregadas por el deudor que pretende deducir el costo financiero, y que le han posibilitado acceder al endeudamiento externo. Por el contrario, la ausencia de garantías reales provistas con sus propios activos empresariales, supondría una triangulación de coberturas con partes relacionadas, evento en el cual la operación debería ser calificada como subcapitalización formal.

2.2.2 Importaciones y Leasing Internacional.

La subcapitalización no solo se presenta en los préstamos de dinero, también puede producirse en cualquier operación que genere un pasivo para el contribuyente y que incorpore un costo financiero. Así por ejemplo, habrá potenciales casos de subcapitalización lesiva en procesos de importación de inventarios o activos, cuando cuenten con un financiamiento explícito relacionado; o en contratos de leasing¹⁰

¹⁰ Leasing: Del inglés to lease, que significa arrendar o alquilar. El sistema leasing, también llamado por los franceses crédit bail, nació en los Estados Unidos y se desarrolló en el mundo occidental durante las décadas de los cincuenta y los sesenta. Mediante esta nueva fórmula, las empresas que lo deseen pueden alquilar en vez de comprar determinados elementos del activo fijo o inmovilizado de la empresa. Son dos los tipos principales de leasing: leasing financiero y leasing operativo. Mientras que el leasing operativo es el alquiler tradicional, el leasing financiero es un arrendamiento con opción de compra. Al término del contrato, al usuario del leasing financiero se le presentan tres opciones:

financiero internacional, donde el arrendador vinculado incorpora un costo financiero en el canon de arrendamiento.

Para que estas operaciones de endeudamiento sean consideradas como una forma de subcapitalización lesiva es necesario que se demuestren las consideraciones expuestas anteriormente, a saber: que la operación se realice con una parte relacionada, que el exportador o arrendador mercantil se encuentre ubicado en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, que el importador no brinde garantías reales con activos propios, que la tasa de interés exceda al mercado, que el arrendatario mercantil no cuente con capacidad de asegurar el pago de los cánones.

2.3 Subcapitalización Formal.

Es la Subcapitalización formal la que interesa al Derecho Tributario, dado que su presencia genera distorsiones contables y fiscales, pues disminuye deliberadamente la tributación en el país de residencia del prestatario, beneficiando desmedidamente al

-
- a) rescindir el contrato y devolver a la empresa leasing el equipo viejo;
 - b) prorrogar el contrato, pero entonces el alquiler debe reducirse considerablemente porque el equipo ya está amortizado fiscalmente, y
 - c) ejercitar la opción de compra y comprar la máquina al precio fijado previamente en el contrato.

Arrendamiento financiero de bienes (generalmente maquinaria y bienes de equipo) que se ceden en régimen de alquiler con la posibilidad de «opción de compra (Economía48.com, 2020).

prestamista quien resulta ser parte relacionada del primero y receptor de la renta sin realizar mayor esfuerzo fiscal; convirtiendo toda la operación, en un mero esquema de elusión fiscal.

En esta materia el gasto interés y otros costos financieros debe entenderse en efecto neto, es decir, descontar los ingresos que por intereses haya podido obtener el prestatario, de los gastos incurridos por el endeudamiento asumido con sus partes relacionadas. En este análisis, no deberá considerarse rendimientos financieros causados u obtenidos con partes independientes o no relacionadas.

En la subcapitalización formal se involucran dos empresas, una que teniendo originariamente la calidad de socio, accionista o controlador sobre la otra, también aparenta asumir la calidad de prestamista; y, la otra, que siendo por esencia empresa subsidiaria, filial o controlada, asume la calidad de deudora o prestataria, por el hecho de haber recibido de la primera, préstamos o créditos de dinero. Es decir, entre prestamista y prestatario existe, una o varias relaciones jurídicas y económicas que los vincula o relaciona.

En resumen, la relación natural del accionista, socio o controlador respecto la empresa subsidiaria, filial o controlada, se muta por la aparición de préstamos¹¹ que los primeros otorgan a favor del segundo, teniendo este negocio jurídico como única finalidad obtener un beneficio fiscal, que se produce por el diferente tratamiento tributario que, generalmente, las legislaciones de los países del prestamista otorgan al cobro de intereses y otros costos financieros, así como otras ventajas fiscales que proveen las legislaciones de dicho país.

La discusión sobre el negocio jurídico de marras es razonar si debe prevalecer la condición de socio, accionistas o controlador, o si por el contrario es válido que dicha empresa asuma también la calidad de prestamista. Desde luego, los efectos del préstamo distan de la inversión en capital, pues el primero genera un rendimiento fijo financiero, mientras que el segundo puede percibir un rendimiento variable en concepto de dividendos.

Una de las principales diferencias entre los rendimientos comentados es que los intereses y costos financieros siempre representarán para el deudor un gasto que disminuye su base imponible y consiguiente su carga fiscal, mientras que los dividendos no tendrán tal efecto, ya que se generan *a posteriori* de haber liquidado la base

¹¹ El derecho civil y comercial definen al prestamista, como aquel que entrega una cantidad de bienes fungibles a cambio de una retribución; y, al prestatario, como el que resulta beneficiario de los bienes fungibles, con obligación de restituirlos en el mismo estado y condición, más el recargo de un interés.

imponible y soportado la carga fiscal correspondiente. Adicionalmente los dividendos pueden estar gravados con impuesto a la renta al momento de la distribución o pago en favor de sus socios o accionistas, con lo cual el dividendo podría soportar previamente, tanto el pago del impuesto a la renta corporativo como el impuesto al reparto o distribución. A este evento Castro Arango (2013) lo describe como la existencia de doble imposición económica en los dividendos, puesto que la misma renta también ha sido gravada como utilidad en la entidad que distribuye.

En adición, el pago de intereses no depende de la realización de beneficios económicos por parte de la empresa, pues constituye una obligación mercantil que debe satisfacerse, mientras que los dividendos solo existirán en la medida que se presenten utilidades, caso contrario no habrá obligación ni posibilidad, de pagar dividendos.

Por lo mencionado, es procedente concluir que la subcapitalización formal se produce cuando el socio, accionista o cualquier parte relacionada privilegia, de forma aparente, pues no existe causa o interés económico, el otorgamiento de préstamos a sus empresas filiales o subsidiarias, en detrimento de realizar aportes de capital, ya que su intención es percibir intereses antes que dividendos, erosionando la base imponible del prestatario y obteniendo un beneficio fiscal en cabeza del prestamista.

En adición, la subcapitalización formal generalmente se presenta cuando la empresa prestamista a más de ser vinculada con la deudora, es residente en un Estado

generalmente de limitada, baja o nula tributación pero no necesariamente, puesto que sin calificar como paraíso fiscal, bastaría el hecho de residir en cualquier otro Estado de tributación regular, donde el tratamiento fiscal a los intereses es más beneficioso que el conferido a los dividendos. En este último caso se incluyen las legislaciones que mantienen regímenes fiscales preferentes, donde estructuras empresariales permiten una baja o nula tributación.

De igual forma habrá subcapitalización elusiva, a pesar que el Estado de residencia del prestamista no sea un paraíso fiscal, en el evento que el supuesto endeudamiento tenga como finalidad registrar un ingreso financiero con la intención de compensar las pérdidas sufridas por el prestamista, vale decir, habrá subcapitalización formal cuando se transfieren bases imponibles positivas de un contribuyente, en favor de otro, que reporta pérdidas y que se encuentra relacionado con el primero. Este mismo escenario de subcapitalización formal se presenta cuando prestamista y prestatario, vinculados entre sí, residen en el mismo Estado.

3. Métodos de Corrección.

Las legislaciones de algunos países han tratado de corregir las distorsiones y perjuicios fiscales que produce la subcapitalización formal, eligiendo cualquiera de los dos métodos hasta ahora desarrollados, a saber: subjetivo u objetivo.

Cualquiera sea el método adoptado, las finalidades son comunes, ya que se buscará: “negar la deducibilidad de los intereses que superen cierta *ratio* ; reclasificar la deuda en capital y, en consecuencia, tratar los intereses como dividendos; tratar el diferencial como dividendos sin recalificar el préstamo en capital” (Castro Arango, 2012, p. 20)

3.1 Método Subjetivo.

Este método trata de contrarrestar la subcapitalización formal, buscando las razones económicas y jurídicas que motivaron al deudor a optar por el endeudamiento con sus prestamistas vinculados, y si dicha carga financiera se encuentra justificada.

Tal justificación penderá de las condiciones de mercado establecidas en las operaciones crediticias, reflexionando si el endeudamiento obtenido con sus prestamistas vinculados, hubiera sido posible obtenerlo con terceros independientes en las mismas condiciones de plena competencia o *arm's length*. Varios trabajos, aunque no lo consideramos aplicable a la realidad ecuatoriana por la ausencia de formal institucionalidad, se han adherido a este método revalorizándolo al sostener que: “Las ventajas de este enfoque son múltiples, tales como: ir en la línea de los Convenios de Doble Tributación Internacional, especialmente el artículo 9, que establece que las operaciones entre entidades vinculadas deben cumplir con el principio de plena competencia y en sus comentarios, establece que debe no solo atenderse a que la tasa sea

de mercado, sino que la operación de deuda en la sustancia sea eso y no un aporte de capital, permitiendo de esta manera la recalificación de la operación” (Burgos Arredondo, J., Sepúlveda Garcés, P., 2016, p. 59).

Bajo este método la Administración Tributaria asume un papel protagónico al momento de calificar un caso de subcapitalización formal, lo cual en principio es correcto, a menos que incurra en abusos al ejercer la facultad determinadora, pues a pretexto de consideraciones y valoraciones subjetivas, el principio de legalidad podría ser vulnerado.

Por lo mencionado mediante este método se estudiarán diferentes variables para determinar la existencia o no de subcapitalización formal, los mismos que se detallan a continuación:

3.1.1 Capacidad de endeudamiento.

Se analizará si el préstamo recibido por el prestatario, hubiera sido posible obtenerlo de un tercero independiente, es decir, si el endeudamiento hubiera fluido de un tercero no relacionado de la misma forma que ha devenido de una parte vinculada. El análisis principal estará centrado en determinar si el prestatario tiene realmente capacidad de endeudamiento ante un tercero independiente, ofreciendo garantías

suficientes que cubran el riesgo crediticio¹² y si adicionalmente dispone de una fuente real de pago¹³. En caso de determinarse una franca imposibilidad de recibir préstamos ya por su precaria situación patrimonial, ya por su falta de capacidad de pago, ya por la ausencia de garantías ha de concluirse que dicha operación está marcada con razones ajenas al mercado, y que solo fue concedida por razones fiscales, que aprovechando la condición de vinculación ha buscado ejecutar una figura de subcapitalización formal.

En nuestro criterio los estudios económicos y financieros para determinar la capacidad de endeudamiento deberán asimilarse, a los que realiza una entidad financiera del mercado local para ejecutar una operación crediticia.

3.1.2 Origen del endeudamiento.

Analiza las causas económicas que motivaron el endeudamiento, determinando si las mismas sirvieron para ajustar el normal capital de trabajo, que permita a la empresa cumplir su objeto social. O si por el contrario, el origen obedece a razones ajenas al fomento de dichas actividades económicas, evidenciando circunstancias extrañas al mercado, que harían calificar la subcapitalización como elusiva, tales como:

¹² Riesgo de que, el que concede un crédito no cobre los intereses y/o el principal en el plazo fijado por insolvencia del deudor (Economia48.com, 2020).

¹³ Abonar la cuantía correspondiente en el momento en el que finaliza el plazo de una obligación o una deuda. En un préstamo, la amortización de éste en la fecha establecida para su cancelación (Economia48.com, 2020).

- Pérdidas en el prestatario; situación que evidenciaría el estado precario de la empresa y por consiguiente su necesidad de recursos más bien patrimoniales en lugar de mayores cuentas pasivas, extrañando al mercado el riesgo excesivo que asume el prestamista que desembolsa fondos a su vinculado que reporta pérdidas o una baja capacidad de generar ingreso operacionales y por lo tanto rentabilidad.

- Asumir el patrimonio del deudor; situación relacionada a conceder préstamos a fin de generar los correspondientes gastos deducibles en el deudor, no existiendo la posibilidad real de pago, lo que generaría que el prestamista vinculado asuma el patrimonio del deudor, tomando sus acciones, de forma directa o indirecta. Cancelación crediticia que no tendría realidad económica, ya que el prestamista vinculado siempre fue propietario del deudor moroso.

- Importantes excedentes de rentabilidad; caso en el cual el deudor asume pasivos con su prestamista vinculado, sin poder justificar el registro de costos financieros, cuando su posición de resultados demuestra importantes índices de rentabilidad, que por si mismos podrían apalancar cualquier operacional normal y hasta extraordinaria en la que emprenda la empresa deudora, sin necesidad de endeudamiento externo.

- Pre-existencia de créditos privilegiados; situación en la que el prestamista vinculado concede el crédito a pesar que el deudor mantiene otras deudas privilegiadas con terceros acreedores, por lo que el prestamista vinculado quedará rezagado en la recuperación y cobro de su acreencia, evidenciando que asume excesivos riesgos en la operación de crédito.

3.1.3 Destino del endeudamiento.

Analiza, con todos los óbices que sabemos existen, las consecuencias o fines ulteriores generados por el endeudamiento, estableciendo la utilización efectiva de los recursos, que debiendo orientarse al cumplimiento de los objetivos operacionales, podrían desatender tales fines y desviarse a situaciones de subcapitalización elusiva, tales como:

- Devolución de fondos patrimoniales; situación en la que el deudor contrata créditos con su prestamista vinculado, a fin de cancelar fondos patrimoniales a disposición de los accionistas, como por ejemplo utilidades acumuladas o devolución de aportes de capital. En resumen, se buscaría eliminar una cuenta patrimonial, que podría estar sujeta a otros gravámenes nacionales patrimoniales o hasta subnacionales, a cambio de incrementar un pasivo que al generar gastos financieros diluye el impuesto a la renta corporativo y también los posibles impuestos patrimoniales.

- Reutilización en créditos vinculados; el deudor asume un endeudamiento más costoso con su prestamista vinculado y coloca dichos fondos en terceras empresas vinculadas a inferiores tasas de interés, generando una ventaja fiscal entre el costo de la captación y la colocación de fondos.

- Financia operaciones económicas; el préstamo recibido de la parte relacionada bien puede orientarse a financiar sus propias actividades económicas, sin embargo, también calificaría como subcapitalización formal si las reglas de su contratación contradicen las normas internas de subcapitalización, así como el principio de plena competencia.

- Comprar acciones de una empresa del mismo grupo económico, financiando dicha compra con el crédito concedido por otra empresa del mismo grupo, situación en la que se develaría, al menos de forma inicial, una clara intención de instrumentar una estrategia fiscal agresiva. A esta clase de operaciones, algunos tratadistas, la denominan como deudas internas destinadas que producen gastos financieros afectados: “Los gastos financieros afectados son los derivados de deudas internas destinadas a la adquisición de participaciones o al desembolso de la aportación. Por tanto, los intereses afectados son los correspondientes a unas deudas calificadas por su destino” (Sanz Gaeda, 2012, p.55).

Cuando presuntos casos de endeudamiento carezcan de realidad económica, como por ejemplo: falta de desembolso del efectivo del préstamo concedido, falta de pago regular y oportuno tanto del capital como sus intereses, fijación de tasas de interés ajenas a mercado, distorsión de cuentas contables, entre otros, harán presumir casos de subcapitalización formal o elusiva.

De la misma forma, la ausencia de realidad jurídica es un indicio para presumir subcapitalización formal, por ejemplo: ausencia de documentos contractuales, contenido ineficiente de los documentos contractuales, falta de garantías reales, entre otras.

En resumen, las reglas de operación y ejecución del contrato de préstamo deben cumplir el principio *Arm's Length*¹⁴ que se concreta en la exigencia de que las partes de una transacción, estén en las mismas condiciones y tengan el mismo poder de negociación para asegurar un trato justo. La evolución de este principio en materia tributaria, ha permitido estandarizar su aplicación bajo el entender que las operaciones entre relacionados, deben ser valoradas de la misma forma que se analiza una operación entre partes independientes.

¹⁴ El diccionario jurídico Black's Law Dictionary define al principio *Arm's length* en los siguientes términos: adj. Of or relating to dealings between two parties who are not related or not on close terms and who are presumed to have roughly equal bargaining power.

3.2 Método Objetivo.

Este método busca corregir los efectos elusivos de la subcapitalización estableciendo un *ratio* o coeficiente fijo máximo, que en inicio las cláusulas anti-abuso establecieron una relación entre el endeudamiento y al capital propio. Coeficiente fijo que será aplicado a la relación capital propio versus préstamos, a manera de ejemplo: si el capital propio era de 1 los préstamos vinculados no podrán exceder a 3, ya que cualquier exceso será calificado, bajo presunción *juris et de jure*¹⁵, como subcapitalización elusiva.

Las legislaciones de los países, en inicio regularon de forma expresa la subcapitalización, estableciendo diferentes *ratios* de endeudamiento, ya sea 3 a 1, 2 a 1 u otros. De esta forma las reglas de endeudamiento vinculado quedan absolutamente claras y establecidas para los contribuyentes, pudiendo sin embargo justificar, bajo variadas razones económicas o de negocio, la necesidad de superar dichas *ratios*, mismos que con previa autorización de la Autoridad Fiscal podían ser concedidos.

Sin embargo que este método, detalló de forma concreta y puntual el límite máximo de endeudamiento vinculado, su aplicación siempre fue cuestionable, pues

¹⁵ Según Rafael de Pina esta presunción legal es aquella que no admite prueba en contrario.

constituye un arbitrio absoluto del legislador determinar *la ratio* de endeudamiento, que muchas veces puede no obedecer a consideraciones técnicas ni de mercado y aún peor puede hasta carecer de motivación y fundamento. Adicionalmente, *la ratio* de endeudamiento máximo no valora el efecto que está produciendo en la base imponible, es decir, a pesar que el endeudamiento no exceda de *la ratio*, su efecto podría ser devastador, produciendo grave erosión de la base imponible y en consecuencia un abusivo traslado de beneficios en favor del prestamista.

A pesar de los cuestionamientos anteriores, hemos de reconocer que el método objetivo respeta el principio de legalidad, por lo que la relación jurídico-tributaria se encontraría libre de abusos o desviaciones de poder por parte de la Administración Tributaria.

Con el advenimiento de nuevas tendencias del derecho tributario y sobre todo con el trabajo ejecutado por la OCDE en relación a las acciones BEPS, *la ratio* sugerido ya no hace referencia al endeudamiento del prestatario en relación a su capital propio, sino que más bien busca regular un porcentaje que podría oscilar entre el 10% como mínimo y el 30% como máximo de gasto deducible en relación al EBITDA del prestatario.

Esta nueva *ratio* de deducibilidad máxima de gasto interés y otros costos financieros en relación a la base imponible, excluye a préstamos que podrían beneficiar

a PYMES, para lo cual se sugiere establecer una exoneración de capital, que sea fijado de acuerdo a los indicadores macroeconómicos de cada país.

También regula nuevos conceptos como la no deducibilidad de préstamos realizados entre partes relacionadas con la finalidad de adquirir acciones intra-grupo, o para realizar aportes de capital, o para adquirir acciones de terceras empresas no relacionadas. Eventos en los cuales va estableciendo exoneraciones, condiciones o limitaciones a la referida deducibilidad.

3.3 Efectos de la Corrección.

Con *la ratio fija* de endeudamiento máximo en relación al capital propio, una vez establecida la subcapitalización elusiva, se debe proceder a realizar correcciones para efectos tributarios, calificando las operaciones vinculadas de la siguiente manera:

El monto del préstamo determinado como excesivo, ya sea bajo el método subjetivo ya con el método objetivo, no será considerado como tal por parte de la Administración Fiscal y por el contrario sería recalificado como aporte de capital. Es decir, los fondos recibidos por el prestatario y por lo tanto registrados en cuentas pasivas del balance, que esencialmente generan gastos financieros que se expresan en el estado de resultados y producen una disminución de la base imponible y por consiguiente de la carga fiscal, serán para efectos fiscales, reclasificados y considerados como capital del

trabajo y, por lo tanto, parte de las cuentas patrimoniales de la entidad, mismas que por su naturaleza no producen ningún efecto en el estado de resultado, por lo que la carga fiscal a favor del Estado no se encontraría afectada.

El monto de los intereses pagados o devengados por el tramo del préstamo excesivo a la *ratio fija*, no serán considerados como gastos deducibles y serán recalificados como pago de dividendos. La calificación como dividendo y no como gasto, de los valores pagados por el endeudamiento vinculado excesivo, evita que el deudor disminuya deliberadamente su carga fiscal, como lo comentamos anteriormente.

Estas recalificaciones que se producen a nivel fiscal en cabeza del prestatario, han afectado exclusivamente las liquidaciones tributarias de los contribuyentes, sin embargo, no se ha producido el ajuste contable ni en el perceptor del préstamo, ni en el prestatario, por lo que la implementación de esta corrección fiscal siempre ha quedado inconclusa en su expresión contable y financiera. Cabe mencionar que ni el derecho, ni el accionar de las Administraciones Tributarias, han querido abordar este interesante tema del ajuste secundario o colateral.

Por el contrario, la *ratio fija* de deducibilidad máxima del gasto interés y otros costos financieros en relación al EBITDA simplifica el debate del ajuste secundario o colateral, ya que en este caso no existirá recalificación alguna de las operaciones vinculadas, y se tratará al exceso del gasto como no deducible a nivel fiscal. Podríamos

afirmar que esta es otra ventaja de este sistema, pues prevé una sanción específica y simple al caso de subcapitalización elusiva, liquidando sus efectos nocivos con la no deducibilidad del gasto.

3.4 Derecho comparado: Referencia a la Legislación española.

El Derecho comparado es un método de estudio de la ciencia jurídica, que se fundamenta en la comparación de distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos, para aplicar a un caso concreto de similares características, pudiendo ser desarrollado en cualquier área del derecho, entre ellas el Derecho Tributario.

A nivel doctrinario, el derecho comparado estudia otros ordenamientos jurídicos, para comentar el derecho propio, respecto un caso concreto, ejercicio que trataré de practicar sobre el tema que nos ocupa, la subcapitalización.

La fuente de estudio, en el presente caso, será la legislación española, que comento a continuación:

España desde inicios de los años noventa trató de regular normativamente los casos de subcapitalización, en aquel momento eran gravitantes las alertas que Félix Vega (2002) promulgaba sobre la necesaria existencia de normas para corregir las estructuras

financieras infra - capitalizadas, contrarias al principio de independencia. Por lo que, luego de varios ensayos normativos, a inicio del actual milenio se concretó una regla general normativa anti-subcapitalización.

El Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, publicado en el B.O.E. 11-03-2004, en su artículo 20 establecía lo siguiente:

Artículo 20. Subcapitalización.

1. Cuando el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, de una entidad, excluidas las entidades financieras, con otra u otras personas o entidades no residentes en territorio español con las que esté vinculada, exceda del resultado de aplicar el coeficiente 3 a la cifra del capital fiscal, los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos.

2. Para la aplicación de lo establecido en el apartado anterior, tanto el endeudamiento neto remunerado como el capital fiscal se reducirán a su estado medio a lo largo del período impositivo.

Se entenderá por capital fiscal el importe de los fondos propios de la entidad, no incluyéndose el resultado del ejercicio.

En este primer inciso el derecho tributario español optó en aquel entonces, por utilizar un método objetivo para corregir la subcapitalización, estableciendo como *ratio* o coeficiente fijo de endeudamiento una relación de 3 a 1, entre préstamos y capital propio. Los intereses pagados o devengado¹⁶ por encima de *la ratio* de endeudamiento eran recalificados como dividendos. Félix Vega analiza esta norma en los siguientes términos:

Al parecer la redacción del artículo 20 contenía una disposición que se fundamenta en una presunción de derecho, pues las motivaciones de la norma se agotan en su misma constitución, no siendo cuestionable la razonabilidad de las premisas utilizadas por el legislador al momento de dictar la norma. Adicionando que como ha afirmado la mayoría de la doctrina, el sujeto afectado no podrá evitar la aplicación de la norma demostrando que el endeudamiento alcanzado se hubiera obtenido igualmente mediante una financiación trabada entre partes independientes, sino lo único que podrá argumentar es que el endeudamiento neto remunerado con entidades vinculadas no ha superado el coeficiente que dice la Ley. (2002, p.97)

La norma *ibídem* también establecía que los prestamistas vinculados no debían residir en territorio español, de tal manera que no había subcapitalización lesiva y por lo tanto tampoco ajuste fiscal, cuando el endeudamiento se producía entre residentes del

¹⁶ Para la legislación española bastaba en aquel entonces, que el interés se encuentre devengado y a pesar de no haber todavía pago era materia de análisis por parte de las normas que controlan la subcapitalización.

Estado español, aún a pesar de que fueran vinculados y estuviesen efectivamente sub-capitalizados.

Sin embargo, luego del trabajo realizado por la OCDE, España fue uno de los primeros países en recoger las recomendaciones expuestas en la Acción 4 BEPS, que tienen relación con operaciones, casos, límites y excepciones a la subcapitalización. Adicionalmente, es preciso recordar que la reforma que introdujo España también estaba motivada por la jurisprudencia de última data, emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien luego de resolver los casos Lankhorst - Hohorst GmbH, asunto C - 324/00¹⁷ y Thin Cap Group, asunto C - 524/04, consideró que las normas anti

¹⁷ Sumario - Asunto C-324/00: El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación fiscal de un Estado miembro, que dispone que la retribución de los recursos ajenos que una sociedad haya obtenido de un socio, como la sociedad matriz, que posea una participación sustancial en su capital, se considerará, en algunos casos, constitutiva de un reparto de beneficios encubierto, solo se aplica a la retribución de los recursos obtenidos de un socio que no tiene derecho a crédito fiscal, puesto que en la mayor parte de los casos, una sociedad matriz residente tiene derecho al crédito fiscal mientras que, por lo general, una sociedad matriz extranjera no tiene tal derecho.

Semejante diferencia de trato entre filiales residentes en función del domicilio de su sociedad matriz hace menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades domiciliadas en otros Estados miembros, las cuales, en consecuencia, podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adopte dicha disposición y constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, en principio prohibido por el artículo 43 CE.

Dicha legislación no puede justificarse ni por motivos basados en el riesgo de evasión fiscal, dado que no tiene por objeto específico excluir los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la legislación fiscal nacional, sino que contempla, de forma general, cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuere el motivo, su domicilio fuera del Estado miembro, ya que esta situación no implica, por sí misma, un riesgo de evasión fiscal, ni por la necesidad de garantizar la coherencia de un régimen tributario, puesto que no existe una relación directa entre el tratamiento fiscal desfavorable sufrido por la filial de una sociedad matriz no residente y una ventaja fiscal cualquiera que pudiera compensar a aquella por ese tratamiento recibido.

- subcapitalización eran discriminatorias y contrarias a las libertades fundamentales de la Unión Europea en la medida en que solo operaban si el prestamista y el prestatario eran residentes en distintas jurisdicciones. El Alto Tribunal español compartió la tesis del Tribunal de Justicia y en las sentencias del 21 de febrero de 2008 (caso 8310/2002) y del 1 de octubre de 2009 (caso 1596/2004) declaró incompatible e inaplicable la norma española que controlaba la subcapitalización.

Con los antecedentes expuestos, España mediante Ley 12/2012 del 27 de noviembre¹⁸ reguló las distorsiones que podría causar la subcapitalización en las bases imponible de sus contribuyentes, determinando en su artículo 16¹⁹ una limitación general a la deducibilidad de los costos y gastos financieros, equivalente al 30 % de los

¹⁸ Esta Ley trata sobre el Impuesto a la Renta de Sociedades.

¹⁹ Textualmente el Art. 16, en su numeral 1 establece: 1. Los gastos financieros netos serán deducibles con el límite del 30 por ciento del beneficio operativo del ejercicio. A estos efectos, se entenderá por gastos financieros netos el exceso de gastos financieros respecto de los ingresos derivados de la cesión a terceros de capitales propios devengados en el período impositivo, excluidos aquellos gastos a que se refieren las letras g), h) y j) del artículo 15 de esta Ley.

El beneficio operativo se determinará a partir del resultado de explotación de la cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio determinado de acuerdo con el Código de Comercio y demás normativa contable de desarrollo, eliminando la amortización del inmovilizado, la imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras, el deterioro y resultado por enajenaciones de inmovilizado, y adicionando los ingresos financieros de participaciones en instrumentos de patrimonio, siempre que se correspondan con dividendos o participaciones en beneficios de entidades en las que, o bien el porcentaje de participación, directo o indirecto, sea al menos el 5 por ciento, o bien el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, excepto que dichas participaciones hayan sido adquiridas con deudas cuyos gastos financieros no resulten deducibles por aplicación de la letra h) del apartado 1 del artículo 15 de esta Ley.

En todo caso, serán deducibles gastos financieros netos del período impositivo por importe de 1 millón de euros. Los gastos financieros netos que no hayan sido objeto de deducción podrán deducirse en los períodos impositivos siguientes, conjuntamente con los del período impositivo correspondiente, y con el límite previsto en este apartado.

beneficios reportados por el prestatario y determinados de acuerdo al método EBITDA²⁰, con ciertas modificaciones. Limitación que aplica únicamente cuando los gastos financieros son superiores al millón de euros. Adicionalmente se establece la posibilidad de deducir en ejercicios fiscales futuros, lo que no pudiera ser deducible en el ejercicio corriente, respetando en todos los años *la ratio* máxima del 30%.

También se reguló la no deducibilidad del costo financiero proveniente de préstamos obtenidos de una parte relacionada, con la finalidad de adquirir de otra empresa relacionada, las acciones que esta posea en cualquier compañía, lo que se conoce con el nombre de compraventa apalancada de acciones intra-grupo. Igual calificación de no deducibilidad merecerán los costos financieros originados por préstamos recibidos de una parte relacionada, que sean destinados a capitalizar de cualquier manera a otra empresa relacionada.²¹

Finalmente reguló las compraventas de acciones apalancadas, estableciendo que, si una empresa adquiere acciones de cualquier otra entidad, el límite máximo de deducibilidad del 30% del EBITDA solo aplica respecto de los beneficios reportados por

²⁰ Por sus siglas en inglés que significan: *Earnings Before Interests, Taxes, Depreciations and Amortizations* (ganancias antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización).

²¹ El literal h del Art. 15 de la Ley 12-2012 establece que: “serán no deducibles...Los gastos financieros devengados en el período impositivo, derivados de deudas con entidades del grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, destinadas a la adquisición, a otras entidades del grupo, de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades, o a la realización de aportaciones en el capital o fondos propios de otras entidades del grupo, salvo que el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones.

la entidad adquirente, no siendo posible adicionar mediante una fusión, los beneficios generados por la sociedad adquirida. Es decir, una vez adquiridas las acciones de otra entidad independiente, no es posible durante los primeros 4 años, fusionar las dos entidades con la finalidad de incrementar los beneficios y por lo tanto el límite del 30%.²²

Cabe mencionar que la regla o *ratio* de limitar la deducibilidad de intereses y otros costos financieros al 30% de las utilidades determinadas de conformidad con el método EBITDA se extendió a lo largo de toda Europa, en especial a los países miembros de la OCDE, a raíz de la reforma introducida en la legislación alemana²³, quien fue el pionero²⁴ en la adaptación de las recomendaciones contenidas en Acción 4 BEPS.

²² La misma Ley de Impuesto sobre Sociedades, establece en el numeral 5 del artículo 16 lo siguiente: 5. “A los efectos de lo previsto en este artículo, los gastos financieros derivados de deudas destinadas a la adquisición de participaciones en el capital o fondos propios de cualquier tipo de entidades se deducirán con el límite adicional del 30 por ciento del beneficio operativo de la propia entidad que realizó dicha adquisición, sin incluir en dicho beneficio operativo el correspondiente a cualquier entidad que se fusione con aquella en los 4 años posteriores a dicha adquisición, cuando la fusión no aplique el régimen fiscal especial previsto en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley. Estos gastos financieros se tendrán en cuenta, igualmente, en el límite a que se refiere el apartado 1 de este artículo.”

²³ Alemania introdujo en la *Zinsschranke* del 2007 un cambio profundo respecto a la deducibilidad de los gastos financieros pagados entre empresas del mismo grupo, estableciendo un límite que no supere el umbral del 30% del EBITDA, so pena de calificar cualquier exceso como no deducible.

²⁴ A criterio de Castro Arango Alemania: “no regula una *ratio* de deuda y capital, sino que se establece un límite a los gastos por intereses del 30% del Ebitda. El monto que supere este porcentaje no es deducible en el mismo año, pero puede llevarse a periodos futuros, siempre que se mantenga el negocio y el control sobre la compañía. Modificaciones a este régimen surtidas a raíz de la crisis financiera del 2009, permiten hoy en día utilizar los cupos o porcentajes de deducibilidad no utilizados en los 5 años anteriores” (2012, p. 23).

4. Tratamiento al crédito externo en la legislación ecuatoriana y los efectos fiscales del gasto interés.

Es preciso mencionar que la legislación tributaria ecuatoriana ha protagonizado sucesivos cambios regulatorios, al pago de intereses por préstamos del exterior y sus efectos fiscales, sin embargo abordar su proceso histórico no colabora a este trabajo, por lo que estudiaremos el régimen legal vigente hasta diciembre del 2019 y el que entrará en vigencia a partir del ejercicio fiscal 2020.

Hasta diciembre del 2019 el régimen legal ecuatoriano establecía:

Deducciones²⁵. - En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos e inversiones 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

²⁵ Es la Ley Régimen Tributario Interno ecuatoriana, la que en su artículo 10 trata y regula los costos y gastos deducibles del impuesto a la renta.

requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de la tasa que sea definida mediante Resolución por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador.

...Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de estos 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.²⁶

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

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

²⁶ Para efectos de nuestro estudio es muy relevante mencionar que la norma legal que, estableció *la ratio* del 3 a 1 de relación deuda con capital propio, fue introducida en la legislación ecuatoriana mediante ley emitida por la Asamblea Nacional Constituyente, que fuera publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 392 del 30 de julio del 2008.

La norma legal establecía fundamentalmente *la ratio* de endeudamiento permitida en Ecuador con partes relacionadas, misma que hacía referencia a la conocida relación entre deuda y capital propio, estableciendo que la misma no puede exceder de 3 a 1 para el caso de sociedades²⁷, y aclarando que por capital propio debe entenderse la totalidad del patrimonio de la entidad prestataria. Adicionalmente establece una condición económica que consiste en limitar la tasa de interés, para que no supere la fijada por el Estado ecuatoriano, con la finalidad de evitar distorsiones en la magnitud del costo financiero. Finalmente, incorpora una formalidad sustancial relacionada con la exigencia de registrar el préstamo recibido y sus pagos, ante el órgano gubernamental correspondiente, con lo cual se pretende controlar no solo el nivel de endeudamiento externo privado, sino también su afectación macroeconómica en la economía nacional y en la balanza de pagos²⁸.

Es preciso mencionar que la norma regulaba al endeudamiento externo, lo que hacía concluir que las reglas no son aplicables al endeudamiento interno, pues los *ratios* de endeudamiento con partes relacionadas aplicaba exclusivamente a los préstamos externos, no así al endeudamiento local, donde no existe límite o restricción alguna, aunque fuera contraído con entidades relacionadas.

²⁷ Para el caso de personas físicas la norma crea una *ratio* diferente de endeudamiento externo, al establecer como límite máximo el 60% de los activos totales.

²⁸ Registro de las transacciones de un país con el resto del mundo por unidad de tiempo. Consta de dos cuentas principales: la balanza por cuenta corriente (que incluye las transacciones de bienes y servicios y los pagos por transferencias) y la balanza de movimiento de capitales (Economía48.com, 2020).

Al establecer *la ratio* del 300% del patrimonio como el máximo endeudamiento posible con partes relacionadas del exterior, nótese que la norma no se refiere a capital sino a patrimonio, un concepto mayor que abarca varias cuentas tales como: capital, reserva legal, aportes futuras capitalizaciones, reservas patrimoniales²⁹, resultados acumulados y del ejercicio.

La sanción fiscal al incumplimiento de los presupuestos establecidos en la norma, eran la calificación como no deducible al gasto financiero devengado por un endeudamiento superior al 300% del patrimonio. Es decir, la norma no procedía a recalificar el gasto excedido para tratarlo como dividendo.

A partir del 1 de enero del 2020 y debido a la reforma introducida en diciembre del 2019³⁰, el régimen de subcapitalización se reforma en los siguientes términos:

²⁹ El Ecuador registra dos importantes cuentas patrimoniales: una denominada “reserva de capital” que tenía su origen en la corrección monetaria realizada a los estados financieros anteriores al año 2000, debido a los efectos devaluatorios; situación que no se repetiría a consecuencia de la adopción del dólar de los Estados Unidos de Norteamérica como moneda oficial en la economía ecuatoriana; y, otra denominada “adopción primera vez NIIFs” que se originó a consecuencia de la adopción de las Normas Internacionales de Información Financiera en los estados financieros, en reemplazo de la Normas Ecuatoriana de Contabilidad (NECs).

³⁰ Se publica en el Suplemento Registro Oficial No. 111 del 31 de diciembre del 2019, la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria, en la cual se reforman varios artículos de la legislación tributaria, y en especial el numeral 2 del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno que regula la subcapitalización en Ecuador.

Art. 10.- Deducciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos e inversiones 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 estas, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. Para bancos, compañías aseguradoras, y entidades del sector financiero de la Economía Popular y Solidaria, no serán deducibles los intereses en la parte que exceda de la tasa que sea definida mediante Resolución por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Para que sean deducibles los intereses pagados o devengados por bancos, compañías aseguradoras, y entidades del sector financiero de la Economía Popular y Solidaria, por créditos externos otorgados directa o indirectamente por partes relacionadas, el monto total de estos no podrá ser mayor al trescientos por ciento (300%) con respecto al patrimonio. Tratándose de otras sociedades o de personas naturales, el monto total del interés neto en operaciones efectuadas con partes relacionadas no deberá ser mayor al veinte por ciento (20%) de la utilidad antes de participación laboral, más intereses, depreciaciones y amortizaciones correspondientes al respectivo ejercicio fiscal, excepto en los pagos de intereses por préstamos utilizados para financiar proyectos de gestión delegada y públicos de interés común,

calificados por la autoridad pública competente. El reglamento de esta ley determinará las condiciones y temporalidad para la aplicación de este artículo.

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

Tampoco serán deducibles los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador.

Con el advenimiento de la reforma, Ecuador ha modificado su régimen legal para abordar y mitigar la subcapitalización con un método objetivo, que va acorde a los lineamientos que en su momento dictara la OCDE, aunque aun no de forma total y completa, por lo que consideramos que deberá abordarse una reforma fiscal futura que incluya otros elementos que complementen la estrategia nacional contra la subcapitalización formal. Entre otros, consideramos motivante la existencia de un campo de alivio o exclusión para la subcapitalización, siempre que el prestatario reporte un importante pago de impuesto a la renta y por lo tanto una aceptable presión fiscal; tal como sucede en la aplicación del sistema de precios de transferencia, donde la ley³¹ ha previsto su no aplicación, en la medida que el contribuyente reporte un conjunto de comportamientos, que a valoración de la ley, califica como un buen contribuyente.

³¹ Los contribuyentes que realicen operaciones con partes relacionadas quedarán exentos de la aplicación del régimen de precios de transferencia cuando: tengan un impuesto causado superior al tres por ciento de sus ingresos gravables; no realicen operaciones con residentes en paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes; y, no mantengan suscrito con el Estado contrato para la exploración y explotación de recursos no renovables.

Nótese que esta exclusión en el régimen de precios se transferencia se produce fundamentalmente por la eficiente capacidad contributiva, lo que debería ser también valorado, al momento de juzgar operaciones de subcapitalización, con su propias reglas y connotaciones.

En primer término, es preciso mencionar que la reforma incluye una nueva *ratio* de endeudamiento máximo. Pero en este contexto, diferencia los contribuyentes en dos grandes grupos: uno conformado por bancos, compañías de seguros y entidades del sector financiero de la Economía Popular y Solidaria³²; y, otro conformado por las demás sociedades y personas naturales. Para el primer grupo se mantiene *la ratio* de un endeudamiento máximo del 300% de su patrimonio, con partes relacionadas del exterior, es decir, un endeudamiento mayor al 300% con residentes fiscales ecuatorianos es posible para estas entidades, sin que exista riesgo fiscal alguno. Pero el endeudamiento, tanto nacional como externo tendrá como límite la tasa fijada por la autoridad competente³³ y tratándose del endeudamiento externo deberá registrarse en el Banco Central del Ecuador. En resumen, el endeudamiento externo para este tipo de entidades solo será deducible en la medida que provenga de partes relacionadas del exterior, no

³² Estas entidades hacen referencia al sistema cooperativo y aunque son reguladas por un ente de control distinto al destinado para la banca, forman parte del sistema financiero y actualmente administran, controlan y manejan un tercio de los depósitos nacionales, por ello la importancia de su tratamiento individualizado y específico.

³³ En Ecuador la tasa de interés no se fija por las reglas del mercado, sino que se encuentra controlada y regulada por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, entidad adscrita al Banco Central.

exceda el 300% de su patrimonio, ni a la tasa máxima prevista para el efecto y siempre que se encuentre registrado en el Banco Central del Ecuador.

Para el resto de sociedades y personas naturales se incorpora una nueva *ratio*, que establece como límite máximo de deducción por costos financieros, el equivalente al 20% de un EBITDA ecuatoriano³⁴, obtenido de la utilidad antes de calcular el 15% de participación laboral³⁵ y el 25% de impuesto a la renta, menos intereses, depreciaciones y amortizaciones del ejercicio fiscal analizado. Se incorpora el concepto de interés neto, es decir, la relación del costo financiero con el 20% del EBITDA ecuatoriano, deberá incluir un valor *neto* entre interés causado menos el interés ganado. La norma ecuatoriana no entra a analizar, lo que es para otros países una verdadera problemática, y no lo hace en relación a bancos porque sería un imposible³⁶, pero queda la duda respecto

³⁴ Hemos decidido incorporar la expresión *ecuatoriano*, como un sustantivo del EBITDA, debido a las particularidades y razones que se explican en este trabajo.

³⁵ El artículo 97 del Código del Trabajo establece que: “El empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas”. Es decir, una vez obtenidas las utilidades, y previo a realizar el cálculo del impuesto a la renta, en Ecuador se excluye el 15% de las ganancias en favor de los trabajadores de dicha empresa.

³⁶ El Art. 256 del Código Orgánico Monetario y Financiero establece la siguiente prohibición para bancos y para sus accionistas: “Prohibición de participación como accionista. Las entidades financieras privadas y los accionistas de una entidad financiera privada que sean personas con propiedad patrimonial con influencia, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones o participaciones de empresas, compañías o sociedades mercantiles ajenas a la actividad financiera. Esta prohibición también es aplicable a los accionistas de una entidad financiera que, aun cuando individualmente considerados no sean personas con propiedad patrimonial con influencia, a criterio del organismo de control mantengan nexos económicos, societarios de negocios y/o familiares y en conjunto superen los porcentaje o valores del artículo 169, o que conformen una unidad de interés económico, de conformidad con este Código. Tampoco podrán participar como accionistas en empresas ajenas a la actividad financiera los administradores de las entidades financieras.

Dicha prohibición no aplicará para accionistas que sean entidades del sector público.

a aseguradoras y cooperativas, con relación a: “Cuando las entidades de crédito o aseguradoras se integran en un grupo fiscal, las restantes entidades calculan el límite teniendo en cuenta el beneficio operativo y los gastos financieros netos imputables a las mismas. Para efectuar este cálculo caben dos alternativas. La primera consiste en referirlo a cada entidad y la segunda al conjunto de todas ellas en cuanto no sean de crédito o aseguradoras, a modo de subgrupo fiscal delimitado a los solos efectos del cálculo del límite” (Sanz Gaeda, 2012, p. 71).

El endeudamiento a ser considerado será el obtenido de partes relacionadas, tanto locales como externas, puesto que la norma no hace ninguna puntualización a que el endeudamiento solo se refiere al crédito del exterior, como sí lo hacía con el primer grupo de entidades (bancos, empresa de seguros y cooperativas). Adicionalmente, y luego de la lectura del primer párrafo del numeral 2, del artículo 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno ante citado, se entendería que el endeudamiento de este grupo de entidades no estaría sujeto a ningún límite máximo de tasa de interés, siempre que no se violenten las normas de plena competencia, pues tal límite es exigencia

Se entenderá que los accionistas son titulares directos cuando ejerzan su derecho de propiedad sobre el 6% o más de los títulos representativos del capital de sociedades mercantiles ajenas a la actividad financiera, y titulares indirectos cuando dicha propiedad sea ejercida a través de fideicomisos, nexos económicos y societarios, otros mecanismos o a través de estos por medio de sus cónyuges o convivientes.

Sin perjuicio de lo señalado, los organismos de control podrán establecer otros tipos de propiedad indirecta que pudieren derivarse de investigaciones realizadas.

exclusiva en el endeudamiento de bancos, compañías de seguros y cooperativas. Sin embargo, el requisito de registrar el crédito externo se mantendría como exigencia de deducibilidad.

4.1 Tributación sobre intereses, costos financieros y dividendos.

Hemos definido cuales son *las ratios*, requisitos y formalidades para el endeudamiento externo con partes relacionadas, ahora corresponde adentrarnos en el estudio de los efectos tributarios de los intereses y demás costos financieros, así como la tributación al dividendo.

La citada Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno prescribe en el numeral 3 del artículo 13, lo siguiente:

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

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

...3.- Los pagos originados en financiamiento externo a instituciones financieras del exterior, legalmente establecidas como tales, o entidades no financieras especializadas calificadas por los entes de control correspondientes en el Ecuador; así como los intereses de créditos externos conferidos de gobierno a gobierno o por organismos multilaterales. En estos casos, los intereses no podrán exceder de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera a la fecha del registro del crédito o su novación; y si de hecho las excedieren, para que dicha porción sea deducible, se deberá efectuar una retención en la fuente equivalente a la tarifa general de impuesto a la renta de sociedades sobre la misma.

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

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

Resalta de la norma citada que Ecuador ha cedido soberanía fiscal y en consecuencia, como lo sostiene Martínez ha renunciado a gravar con impuesto a la renta en la fuente, el pago de intereses sobre préstamos externos, lo que significa que debería

ser el país de residencia del prestamista quien reciba los recaudos tributarios correspondientes (1985, p.78).

Debido a que Ecuador ha concebido un modelo de exención tributaria limitada en el pago de intereses y otros costos financieros al exterior, es muy necesario que la legislación cubra los posibles casos de subcapitalización formal, ya que se busca fomentar el ingreso de capitales y no aunar mecanismos elusivos. Así lo sostiene el profesor López Freyle quien menciona que algunas rentas se excluyen de carga fiscal con el propósito de estimular una determinada actividad económica que se considera oportuno favorecer, para propiciar el desarrollo económico del país y canalizar las inversiones hacia determinados campos de la producción (1962, p.376)

El límite establecido en la norma para la deducibilidad de los costos financieros es la tasa de interés fijada³⁷ por el órgano de control gubernamental correspondiente, de tal manera que, cualquier exceso de tasa generará un costo financiero que no podrá ser considerado como deducible, a menos que el prestatario practique retención en la fuente de impuesto a renta, a tarifa corporativa, vale decir actualmente 25% de forma general. Sin embargo, con la reforma legal vigente desde el 2020 este límite solo sería aplicable

³⁷ Es preciso mencionar que en Ecuador la tasa de interés activa máxima es establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Vale decir, no es regulada precisamente por las fuerzas y razones propias del mercado.

en el endeudamiento de bancos, compañías de seguros y cooperativas, pues para el resto de contribuyentes tal exigencia habría desaparecido.

Finalmente, normativa secundaria³⁸ establece un límite adicional, calificando como no deducible el interés y otros costos financieros correspondiente a aquella parte de la deuda que exceda *la ratio* 3 a 1 en el endeudamiento de bancos, compañías de seguros y cooperativas, o *la ratio* del 20% del EBITDA ecuatoriano para el resto de sociedades y personas naturales. En tal sentido, cualquier exceso de endeudamiento a los límites mencionados generará intereses que serán considerados como no deducibles de la

³⁸ El Art. 30 del Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en su parte pertinente establece: "...(II) Intereses por créditos del exterior.- Serán deducibles los intereses pagados por créditos del exterior, adquiridos para el giro del negocio, hasta la tasa autorizada por el Banco Central del Ecuador, siempre que estos y sus pagos se encuentren registrados en el Banco Central del Ecuador, y que cumplan las demás condiciones establecidas en la ley.

Para créditos del exterior, con partes relacionadas, además se deberán cumplir las siguientes condiciones:

- Para las sociedades, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300%.

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

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

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

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

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

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

base imponible. Queda en este caso por definir, si los costos financieros excedidos a *las ratios* establecidas, pueden convertirse en tales, con la práctica de la retención en la fuente de impuesto a la renta. La norma no señala nada al respecto, sin embargo, en un ejercicio de analogía tributaria³⁹, si el exceso de tasa asegura deducibilidad con la práctica de la retención en la fuente, similar tratamiento debería aplicarse al costo financiero excedido en *las ratios* de subcapitalización.

En resumen, el endeudamiento de bancos, aseguradoras y cooperativas con sus partes relacionadas del exterior, en la medida que no exceda *la ratio* máxima, ni la tasa de interés autorizada y siempre que se encuentre registrado en el Banco Central, constituyen gastos deducibles sin importar su magnitud, efecto o erosión de la base imponible. Dicho de otra forma, las bases imponibles de estos contribuyentes puede ser disminuida en su totalidad, por los intereses devengados del endeudamiento externo recibido de partes relacionadas, bastando cumplir los requisitos mencionado, lo cual en inicio es criticable, pues la legislación no ha previsto ningún resguardo mínimo para evitar agresivas erosiones de bases imponibles.

El mencionado defecto, relacionado a una erosión drástica de bases imponibles no sucederá, por el contrario, en los casos de endeudamiento de sociedades y personas

³⁹ El artículo 14 de nuestro Código Tributario, que contienen las normas sustantivas del derecho tributario ecuatoriano, al tratar la analogía establece: “La analogía es procedimiento admisible para colmar los vacíos de la ley, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos, exenciones ni las demás materias jurídicas reservadas a la ley”.

naturales distintas a bancos, aseguradoras y cooperativas, pues para estos contribuyentes el límite del costo financiero neto no puede exceder al 20% del EBITDA con las connotaciones propias del Ecuador, antes comentadas.

El dividendo⁴⁰ en Ecuador y a partir de enero del 2020 tiene un tratamiento bastante sencillo, pero que podría resultar contraproducente al momento de desestimular la subcapitalización ya que, para obtener el dividendo, la entidad previamente debe pagar el 15% de participación laboral y el 25% de impuesto a la renta, lo que ya significa un costo efectivo del 36,25% sobre las utilidades. A este costo fiscal deberá agregarse una retención en la fuente de impuesto a la renta del 10% cuando se distribuya el dividendo en favor de sus socios o accionistas, con lo cual el costo fiscal total de las utilidades en el Ecuador podrían alcanzar una tasa global del 42,63%⁴¹, excepto si el perceptor es una sociedad residente fiscal ecuatoriana, caso en el cual no existe tal retención del 10%, lo cual se entiende ya porque el dividendo no ha llegado a manos de la persona natural beneficiaria final, ya porque no ha abandonado el país, como cuando de accionistas del exterior se trata.

⁴⁰ Dividendo: Un pago efectuado a los propietarios de acciones ordinarias de una compañía, por parte de ésta. El dividendo puede ser en forma de pago en efectivo, denominado dividendo en efectivo, o en forma de acciones adicionales de la compañía, denominado dividendo en acciones.

Parte de los beneficios de una sociedad de capitales que se paga a cada accionista.

⁴¹ Tarifa que se obtiene de sumar el efecto neto del 15% participación laboral, 25% de impuesto a la renta corporativo y 10% de impuesto a la renta sobre el dividendo en relación a diferentes bases imponibles, que se van modificando conforme cada deducción se va produciendo.

El inversionista del exterior al momento de decidir, entre capital propio o deuda, para realizar la inversión en una subsidiaria o filial ecuatoriana tomará en consideración que el capital propio estará sujeto a una presión fiscal del 42,63% sobre las utilidades, mientras que el costo financiero estará exonerado con los límites mencionados anteriormente y, solo sobre el exceso tendrá una carga fiscal del 25%, que en cualquier caso resulta menos gravosa que la carga fiscal que reciben los dividendos.

4.2 El Principio de legalidad en la subcapitalización.

El principio de legalidad al decir del profesor Héctor Belisario Villegas “es un principio fundamental del derecho tributario sintetizado en el aforismo *no hay tributo sin ley que lo establezca*, inspirado en el tan conocido del derecho penal *nullum crimen, nulla pena sine lege*” Es decir, “el principio de legalidad requiere que todo tributo sea sancionado por una ley, entendida esta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa conforme a los procedimientos por la Constitución para la sanción de las leyes” (2003, p.254).

El principio de legalidad es la garantía en sentido formal más relevante del derecho tributario, ya que preceptúa la necesidad imperiosa de establecer tributos únicamente por el poder legislativo, de tal forma que la colectividad de ciudadanos decide, a través de sus representantes, imponerse un conjunto de obligaciones, límites, condiciones y exoneraciones pecuniarias que permitan financiar el gasto y la inversión

pública. El respeto al principio de legalidad determina la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, a diferencia de los tiempos monárquicos, donde el rey o sus concilios establecían tributos a los súbditos sin consideraciones de ninguna naturaleza ni límites.

La Constitución Política de la República del Ecuador preceptúa:

*“Sólo por iniciativa de la Función Ejecutiva y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se podrá establecer, modificar, exonerar o extinguir impuestos. Sólo por acto normativo de órgano competente se podrán establecer, modificar, exonerar y extinguir tasas y contribuciones. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.”*⁴²

Como se observa la norma constitucional consagra el principio de legalidad, prescribiendo que únicamente el poder legislativo, órgano competente para expedir leyes tiene la potestad jurídica para establecer, modificar o extinguir tributos⁴³.

⁴² Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008. Texto citado del artículo 301.

⁴³ El 20 de la Constitución establece que la Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:... 7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados...”

El Código Tributario de forma concordante y en los mismos términos utilizados por la Constitución, preceptúa el principio de legalidad⁴⁴.

En adición el artículo cuarto del citado cuerpo normativo tributario, establece el principio de Reserva de Ley, señalando que “las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código”.

Por lo mencionado únicamente mediante ley, en sentido material y formal, se podrán establecer tributos y sus elementos, entre otros, la base imponible y las deducciones.

Sin embargo, que expresas disposiciones constitucionales y legales han cimentado las bases del principio de legalidad en materia tributaria, vale comentar que normas jurídicas de inferior jerarquía, se han incorporado de manera arbitraria en este campo reservado exclusivamente a la ley. En términos generales diremos que, varias disposiciones y preceptos de subcapitalización se han incorporado ya por normas reglamentarias expedidas por el Presidente de la República, ya por resoluciones de

⁴⁴ El artículo 3 del Código Tributario establece que solo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes.

carácter general y obligatorio emitidas por la autoridad administrativa tributaria, lo cual ha resultado contraproducente al momento de fortalecer el principio de legalidad y la consecuente seguridad jurídica, ya que ha provocado diversas interpretaciones no solo doctrinarias sino también jurisprudenciales de forma arbitraria en algunos casos y hasta contradictoria en otros.

4.3 Efectos de la práctica elusiva de la subcapitalización en el impuesto a la renta y en los derechos laborales de los trabajadores.

El impuesto a la renta, como obligación tributaria, se encuentra contemplado en la Ley de Régimen Tributario Interno, cuyo texto contiene normas que definen el concepto de utilidad contable, como la diferencia resultante de restar los costos y gastos del total de ingresos. Utilidad o pérdida contable que será modificada por los siguientes conceptos para finalmente obtener la base imponible que recibirá la carga fiscal, a saber:

La primera deducción pertenece a los trabajadores, quienes participan de las utilidades contables, percibiendo de manera íntegra y completa el 15% de las mismas, por ello es que esta deducción recibe el nombre de quince por ciento de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, de conformidad con el Código del

Trabajo ecuatoriano que establece que: “el empleador o empresa reconocerá en beneficio de sus trabajadores el quince por ciento (15%) de las utilidades líquidas”⁴⁵

Posteriormente se realiza el ejercicio de: disminuir ingresos exentos o no gravados, así como todo tipo de beneficio o exoneración fiscal; adicionar los costos y gastos que la legislación califique como no deducibles; amortizar las pérdidas fiscales de ejercicios fiscales pasados; incrementar los ajustes provenientes de precios de transferencia; devengar el activo o pasivo por impuestos diferidos, para finalmente obtener un producto final, que recibe el nombre de base imponible.⁴⁶

Sobre dicha base imponible las sociedades causan el impuesto a la renta correspondiente, soportando una carga fiscal a tarifa fija del 25%, con algunas reducciones en casos puntuales, que no aportan significativamente para este trabajo.

Al soportar los beneficios empresariales en Ecuador, una doble deducción integrada por el 15% de participación a los trabajadores y el 25% de impuesto a la renta, es correcto concluir que las bases imponibles se encuentran gravadas a deducciones fiscales equivalentes al 36,25%. Por lo tanto, cualquier práctica elusiva de

⁴⁵ El Código del Trabajo ecuatoriano fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial 167 del 15 de diciembre del 2005, sin embargo, la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa es una disposición de larga data histórica.

⁴⁶ El Art. 16 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno define a la base imponible en los siguientes términos: En general, la base imponible 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.

subcapitalización, por medio de la cual se incrementa deliberadamente el costo financiero del prestatario, no solo afectaría a la recaudación nacional, sino que también violentaría los derechos laborales de los empleados y colaboradores de la entidad. Es decir, la problemática de la subcapitalización en el caso ecuatoriano no solo afecta el recaudo fiscal, sino también derechos laborales, por lo que su tratamiento merece mayor atención y cuidado.

4.4 Precedentes jurisprudenciales emitidos sobre casos de subcapitalización.

El caso signado en la Corte Nacional de Justicia con el número 226-2009, cuyo actor fue la empresa Schlumberger Surencó S.A. Sucursal Ecuador en contra del Servicio de Rentas Internas del Ecuador, trata sobre la fiscalización que la administración tributaria ecuatoriana (SRI)⁴⁷ realizó al impuesto a la renta de la empresa Schlumberger Surencó S.A. Sucursal Ecuador por los ejercicios fiscales 2001 y 2002, estableciendo que dicha empresa aportó capital bajo la figura de préstamo, con lo cual pudo deducir de su base imponible el pago de intereses. EL SRI para establecer esta glosa aplicó lo dispuesto en el Art. 17 del Código Tributario, que al tenor dice:

⁴⁷ El Servicio de Rentas Internas (S.R.I.) es el organismo de la administración pública a cuyo encargo se encuentran las funciones de determinación y recaudación de los tributos, así como la resolución de las reclamaciones y absolución de las consultas tributarias.

“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”.

En consecuencia, la administración tributaria resalta el valor de la realidad jurídica y esencia económica de la operación, así como también califica la intención de los contribuyentes que intervienen en el negocio y en consecuencia llega a calificar que la operación de endeudamiento, si bien no es elusiva, sí debe ser calificada como simulada. Cabe resaltar que para ese entonces no se encontraba vigente *la ratio* máxima del 20% del EBITDA, ni el endeudamiento 3 a 1 sobre capital propio que hemos comentado varias veces, sin embargo, para reforzar sus argumentos, el SRI sostiene que este contribuyente se ha endeudado en un 84,30% respecto de sus activos y que aquello no es posible, pues no existiría garantía de crédito recibido. Vale decir, para establecer esta glosa administrativa, el SRI practicó un ejercicio de corrección utilizando un método subjetivo.

Por su parte, el contribuyente ha sostenido que no cabe una interpretación económica a las normas jurídicas, pues ello produciría una violación al principio de legalidad y seguridad jurídica, que el principio de realidad económica se encuentra en crisis y que el SRI confunde la simulación, con la economía de opción y la planeación tributaria.

Los jueces para resolver consideran que la interpretación es un ejercicio de razonamiento jurídico, y no una valoración económica de hechos o actos jurídicos, y que en consecuencia dictaminan que: *“la ley tributaria debe ser aplicada, haciendo valer el contenido económico subyacente a las relaciones jurídicas”*. Adicionalmente sostiene la Corte que hay dos principios fundamentales en materia tributaria como son el de legalidad y capacidad contributiva, principio este último, que hace prevalecer la sustancia sobre la forma. En base a estas consideraciones resuelve declarar que la operación de endeudamiento analizada, se trata realmente de una aportación de capital y no de un préstamo, por lo tanto, ratifica la no deducibilidad de los intereses y costos financieros.⁴⁸

En nuestro criterio, el análisis de la Corte de Casación es muy ligero como para resolver un tema tan trascendental, pues el fallo omite estudiar temas conceptuales de la

⁴⁸ Igual resolución ha sido adoptada por la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana en el caso: Recurso de Casación 497-2010. Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) del Ecuador S.A. vs Servicio de Rentas Internas del Ecuador; así como en otros caso, donde el razonamiento y resolución ha sido de similar naturaleza.

subcapitalización, limitaciones, métodos de corrección, aplicación del método subjetivo pues a esa fecha no existían *ratios* de endeudamiento, entre otros. Sin embargo, cabe destacar que, sin hacer expresos razonamientos, la Corte hace un análisis subjetivo de la operación, llegando a considerar que se ha violentado en principio de capacidad contributiva. Entendiendo que este principio también actúa en un plano posterior: “el de la aplicación del gravamen, que solo puede ser exigido a aquellos sujetos en los que se verifique en concreto la capacidad de contribuir contemplada de modo abstracto por la ley” (García Belsunce, Volumen 2, 2003, p.107).

En nuestra opinión el artículo 17 antes citado busca regular, aunque de forma imprecisa, los principios de realidad económica y simulación contractual o fraude de la ley, estableciendo un denominador común, que prefiere la esencia económica sobre las formas jurídicas, y exagerando al punto, de preferir la esencia sobre sus formas, valores que han recibido cuestionamiento por parte de la doctrina mundial.

Así por ejemplo, entendiendo la aplicación del principio de realidad económica, como aquel que invita a buscar en la realización del hecho generador, las circunstancias económicas que determinaron su ocurrencia, en desmedro de las forma jurídicas adoptadas, cabe citar al profesor García Belsunce quien haciendo una crítica dice “la gravitación del principio de seguridad jurídica nos lleva a tomar, en este tema, una posición bien definida, sin duda, influida por la excesiva como, a menudo, el principio

ha sido aplicado en la Argentina. Esta experiencia demuestra más allá de las buenas intenciones, la invocación a la realidad económica oscurece antes que aclara. Provoca más males que los que pueden evitarse con otra medicina jurídica, más eficaz y menos invasiva, y que por cierto, debería encontrarse en una aplicación selectiva, esto es, ser la excepción y no la regla, que se emplee para corregir el uso desviados de las figuras que se apartan de su causa típica”. (2003, p. 467)

Las críticas a la aplicación de este principio se deben a que siendo materia del derecho tributario la interpretación del hecho imponible, no puede cederse tal atribución a la ciencia económica o contable, pues su visión, no pocas veces modesta, más bien interpreta hechos, que no necesariamente tienen relevancia jurídica.

Quienes apoyan la utilización de este principio sostiene que refleja de mejor manera el principio de capacidad contributiva de los contribuyentes, lo cual en principio es correcto, empero cabe recordar que el tributo nace con la ocurrencia del hecho generador, hecho valorable por la tipicidad de normas jurídicas y no económicas, por lo que su utilización proceder excepcionalmente .

Desde que el Ecuador incorporó *ratios* de endeudamiento máximo para regular temas de subcapitalización, no se han producido sentencias o fallos jurisprudenciales que olvidando métodos subjetivos de corrección, se pronuncien expresamente sobre la aplicación del método objetivo. Por lo tanto, este análisis queda en pendiente, a la espera de nueva y productiva jurisprudencia ecuatoriana.

5. Consideraciones finales y recomendaciones.

Una vez que hemos determinado el actual sistema de subcapitalización vigente en el Ecuador, donde la *ratio* máxima de endeudamiento con partes relacionadas del exterior es del 300% del patrimonio para bancos, aseguradoras y cooperativas, mientras que la *ratio* máxima del 20% del EBITDA como costos financieros para el resto de sociedad y personas naturales en el endeudamiento con partes relacionadas locales y del exterior, podemos concluir que las reglas establecidas acogen parcialmente las recomendación que al respecto ha expedido la OCDE a través de la Acción 4 BEPS, y ha establecido un sistema híbrido para controlar la subcapitalización formal, mediante la implementación de un método objetivo de corrección. Método al que se suma una limitación en la tasa de interés, cuando bancos, aseguradoras y cooperativas obtienen créditos externos y que se complementa con un requisito nacional de registrar el endeudamiento ante el Banco Central, en cualquier caso.

Debemos resalta que las fórmulas establecidas por la legislación ecuatoriana valoran el principio de la capacidad contributiva, pues no podrá haber mayor deducción de costos financieros netos superiores al 20% del EBITDA en la generalidad de los casos, excepto para bancos, aseguradoras y cooperativas.

Cualquier exceso en el costo financiero a *las ratios* establecidas en la ley deben ser consideradas como gastos no deducibles para el impuesto a la renta, y no están los intereses, sujetos a recalificación para adoptar la calidad de dividendos. Finalmente, cualquier exceso podrá ser considerado como gasto deducible en la medida que el pago al exterior se encuentre sujeto a retención en la fuente de impuesto a la renta.

Por su parte la jurisprudencia ecuatoriana, aun no ha resuelto un caso bajo el actual esquema legal, pues solo disponemos de fallos jurisprudenciales donde primaron razonamientos de carácter subjetivo tales como: la capacidad de endeudamiento del prestatario, la interpretación jurídica de las norma con esencia económica y la primacía de la esencia económica sobre las formas jurídica. Ansiosos esperamos que nuevas cortes de justicia, ratifiquen los principios de corrección objetivos establecidos en la ley, mediante la expedición de sendas sentencias al respecto.

Es preciso en la actualidad trabajar en una reforma a la legislación tributaria en lo referente a la subcapitalización que busque, no solo balancear el tratamiento fiscal del dividendo y del gasto interés por endeudamiento con partes relacionadas del exterior, pues como queda anotado el primero sufre una carga fiscal del 42,63%, mientras que el interés solo estará gravado con el 25% en la medida que exceda *las ratios* establecidas en la ley; sino también que, regule nuevos aspectos que ameritan un tratamiento mas detallado y preciso, a saber:

- La subcapitalización, sus características y efectos deben estar regulados en un capítulo o sección definida, de tal manera que ahí se trata no solo *las ratios* de endeudamiento, sino también excepciones, limitaciones y efectos fiscales en los costos financieros. Es decir, nos parece muy pobre la actual legislación que trata de regular la subcapitalización como un inciso adicional dentro del capítulo general de los gastos deducibles.
- La subcapitalización para bancos, aseguradoras y cooperativas deberá establecer un efecto temporal para la aplicación de *la ratio* de endeudamiento del 300% del patrimonio. Es decir, se deberá definir cuál es la fecha precisa en la que se debe medir *la ratio*; si al inicio del ejercicio fiscal, si al final o indistintamente en cualquier momento del año. En nuestro criterio debería medirse la subcapitalización, como en otros casos tales como la depreciación o amortización, de forma mensual *las ratios* de endeudamiento, a fin de determinar mensualmente si existen o no excesos de costos financieros.
- Para el resto de sociedad y personas naturales el límite de deducibilidad de costos financieros equivalente al 20% del EBITDA, podría ser injusto en relación al desempeño fiscal de cada entidad. Es decir, tanto el contribuyente que presenta una presión fiscal elevada, cuanto aquel que reportar una presión fiscal baja, comparten el mismo derecho de deducir hasta el 20% de su EBITDA a título de costos financieros por endeudamiento con partes relacionadas, tanto locales como del exterior.

Por lo que, recomendamos reformular esta *ratio* de tal forma que: la entidad que alcance una presión fiscal hasta del 1% podrá deducir costos financieros hasta el 10% de EBITDA; aquella cuya presión fiscal sea hasta el 2% podrá deducir el 20% del EBITDA; 30% deducirá el que alcance el hasta el 3%; y quien supere el 3% no estará sujeto a ningún ajuste fiscal en concepto de subcapitalización.

- Se deberá aclarar entre las normas de subcapitalización que, las disposiciones del artículo 17 del Código Tributario y sus correlativos precedentes jurisprudenciales, al contener métodos de corrección subjetivos, no serán aplicables a las reglas objetivas que actualmente regulan en endeudamiento con partes relacionadas. De lo contrario, no faltarán las interpretaciones que podrían sostener que el análisis de subcapitalización inicio en el ámbito subjetivo, y que solo superado aquel es posible pasar a aplicar las reglas del método objetivo de corrección. Situación que en nuestra opinión es exagerada y podría contradecir el espíritu y recomendaciones expuestas en Acción 4 BEPS.
- Se deberá prohibir la deducibilidad de intereses y costos financieros por operación crediticias que tengan como exclusiva finalidad, comprar de acciones intra - grupo; es decir, la adquisición de acciones de compañías del mismo grupo económico no puede generar costo financiero a dicho grupo.

- La compra financiada de acciones, de empresas no relacionadas, devengarán sus costos financieros aplicando las reglas máximas de deducibilidad antes comentadas, exclusivamente sobre las bases imponibles de la entidad adquirente, prohibiendo adicionar para efectos de cálculo las bases imponibles de cualquier otra entidad adquirida, para lo cual se limitarán los procesos de fusión entre sí, por un período de tres años contados a posteriori de la fecha de adquisición;
- Cualquier tramo de deducibilidad permitida, que no sea utilizada en el ejercicio fiscal corriente, no podrá ser utilizada en ejercicios fiscales futuros bajo ningún concepto. A pesar que una disposición de esta naturaleza no existe en nuestro régimen fiscal, necesario es aclarar que no se permite el diferimiento de ningún gasto, entre ellos los financieros, para ejercicios fiscales futuros.
- Los intereses y costo financieros pagados en exceso a *las ratios* previamente sugeridas deberán ser considerados como gastos no deducibles para efectos de liquidación del impuesto a la renta corporativo y, también deberán ser adicionados a la base imponible para efectos de la participación del 15% de los trabajadores sobre los beneficios empresariales, de tal forma que se cumpla el espíritu de aplicar el concepto del EBITDA, con las propias especificidades del Ecuador.
- Finalmente, cualquier ajuste por concepto de subcapitalización no deberá merecer ajuste primario de ninguna naturaleza en el prestatario, ni

secundario en el prestamista, pues ambos efectos se liquidarán en el ejercicio fiscal corriente.

La reforma propuesta deberá incorporar un proceso de transición, de tal forma que las operaciones de endeudamiento adquiridas de acuerdo a la legislación vigente puedan modificarse o renegociarse en un plazo de 12 meses. En resumen, las nuevas reglas propuestas aplicarán en el ejercicio fiscal subsiguiente a aquel en que se publiquen en el Registro Oficial.

6. Bibliografía.

OECD (2017). *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268333-en>

Economia48.com. (2020) *COLATERAL - Enciclopedia de Economía*. <http://www.economia48.com/spa/d/colateral/colateral.htm>

Belisario Villegas, H. (2003) *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, 8ª edición, Editorial Astrea.

Vega, F. (2002). *La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del derecho comunitario*.

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

García Belsunce, H., y varios autores. (2003) *Tratado de Tributación, Tomo I, Derecho Tributario, Volumen 2*. Editorial Astrea.

Arredondo, J., Garcés, P. (2020). *La subcapitalización como un tipo de planificación tributaria agresiva internacional: un enfoque comparado*. *Revistaestudiotributarios.uchile.cl*.
<https://revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/44616>

Manisakva A., Lucio E. (1998). *Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de empresas*. XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario Livro 3. Lisboa Associacao Fiscal Portuguesa.

Castro Arango, J.M. (2013). *La capitalización encubierta en la reforma tributaria de 2012: ¿trasplante legal o engendro legal?*, *Revista Derecho del Estado*, N° 31, pp. 161-190. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3607>

Asunto C-324/00, caso Lankhorst-Hohorst GmbH contra Finanzamt Steinfurt (fecha de consulta: 14 de enero del 2020)
<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db7c2b67a63cd14919bb5ffd1d18fe6031.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNb0?text=&docid=86106&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24264>

Martínez La Fuente, A., (1985) *Los préstamos y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales tras la Ley reguladora del IVA*, *Noticias de la CEE*, núm. 9.

López Freile, I. (1962). *Principios de Derecho Tributario: Impuesto sobre la renta, Patrimonio y exceso de utilidades en Colombia*. Editorial Lerner.

García Belsunce, H., y varios autores. (2003) *Tratado de Tributación, Tomo I, Derecho Tributario, Volumen 1*. Editorial Astrea.

Castro Arango, J.M. (2012). *Subcapitalización y limitaciones a la deducibilidad de intereses ‘interest barriers’*.
http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rimpuestos&document=rimpuestos_c5b2e87a96df0008e0430a0101510008 [Accessed 19 Jan. 2020].

Enciclopedia-juridica.com. (2020). *Enciclopedia jurídica - Diccionario de Derecho*. <http://www.enciclopedia-juridica.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html> [Accessed 19 Jan. 2020].

Sanz Gaeda, E. (2012). *Restricción y limitación a la deducción de intereses en el Impuesto sobre Sociedades*. Número 355, 47104. <https://www.fiscal-impuestos.com/impuesto-sobre-sociedades-gastos-financieros-y-deducccion-de-intereses.html> [Accessed 19 Jan. 2020].

Burgos Arredondo, J., Sepúlveda Garcés, P. (2016). *La subcapitalización como un tipo de planificación tributaria agresiva internacional: un enfoque comparado*. *Revista de Estudios Tributarios*, pág. 51-82. <https://revistaestudiotributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/44616/46636>

De Pina, R. (1979). *Diccionario de Derecho*, Editorial Porrúa, México.