



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE SUBCAPITALIZACIÓN POR PARTE
DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y SU IMPACTO EN LA
DOMICILIACIÓN DE SUCURSALES EN EL ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República.

Profesor Guía

Dr. Msc. José Dionicio Suing Nagua

Autor

Gustavo Páez Trujillo

Año

2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

José Dionicio Suing Nagua
Doctor en Jurisprudencia
C.C. 1706860440

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Gustavo Páez Trujillo

C.C. 1720927407

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por haber sido la estrella que ilumina mi camino en el sendero de la vida.

Agradezco infinitamente a familia pues sus vastas enseñanzas me han permitido superar las inflexiones que la vida acarrea y, a perseguir el constante resquebrajamiento de la piedra bruta. Alma Mater Studiorum.

DEDICATORIA

A mis padres, quienes han sido la piedra angular en mi vida, que de forma apasionada y dedicada han inculcado valores y principios en mí, los cuales permanecerán en mi mente y corazón por el resto de mi vida.

Lux et veritas.

RESUMEN

La normativa ecuatoriana posee disposiciones encaminadas a regular el actuar de la administración tributaria, así como el de los contribuyentes; sin embargo, en ciertos momentos se generan puntos de inflexión, ya que muchas veces la ley viene a ser sujeto de interpretación por parte del ente recaudador, lo cual causa conflictos de índole jurídico. El objetivo de este análisis ha sido transparentar la situación de inobservancia e inseguridad jurídica que atraviesa el Ecuador en materia de subcapitalización, puesto que la aplicación de las normas al respecto logran superponer a las facultades de la entidad tributaria, por encima de los derechos de los contribuyentes; de igual manera a lo largo de este estudio se han evaluado las distintas repercusiones generadas en el sistema económico, a partir del problema en mención, lo cual genera un desincentivo en la inversión extranjera y en la actividad empresarial, repercutiendo directamente en las finanzas del estado.

A lo largo de este texto se ha realizado un estudio exegético y dogmático respecto a las peculiaridades que envuelve la aplicación de las normas de subcapitalización por parte de la administración tributaria, realizando un análisis conceptual, histórico y, evolutivo dentro la normativa nacional e internacional.

Los resultados obtenidos en este documento develan que la aplicación de las normas referentes a la subcapitalización, por parte del Servicio de Rentas Internas, afectan a la estabilidad económica, seguridad jurídica y confianza internacional en el Estado puesto que, dentro de los parámetros de determinación fiscal se convierte en juez y parte. Por lo expuesto se ha concluido que se debe realizar una reforma a la normativa tributaria para modificar el método de valoración objetiva referente a la subcapitalización y, regular el actuar de la administración tributaria.

ABSTRACT

The Ecuadorian law establishes different provisions in order to regulate taxpayers and the IRS, nevertheless, sometimes disagreements arrive, due that the tax law is subject to interpretation by the tax authority, which causes a vast number of legal issues. The main objective of the following analysis is to clarify the Ecuadorian situation, regarding the lack of legal security and transparency, arising from the thin capitalization regulations enforcement, which overlays the state's interests above the taxpayer's rights; likewise, through this document, an economic impact assessment has been made regarding the thin capitalization rules enforce, which causes an evident disincentive in the corporate activity, in the foreign investment, and a negative overall impact in the state's financial system.

The chosen methodology throughout this document is the dogmatic and an exegetical study, enclosing the thin capitalization regulations, enforced by the IRS, furthermore, an analysis has been performed concerning the conceptual, historic, and developmental matters.

The final results obtained throughout this paper, unveil that the enforcement of the thin capitalization regulations by the IRS, affects negatively into the Ecuadorian economic stability, legal security, and international trust to the state, since the government becomes both, judge an interested party at the same time. According to the aforesaid, it's been concluded that, an amendment must be done in the tax law, in order to modify the objective method, applicable to determine thin capitalization processes and right the tax administration conduct.

ÍNDICE

Introducción	1
1. Capítulo I: Concepto general de la subcapitalización y su desarrollo en la normativa ecuatoriana	5
1.1. Antecedentes	5
1.1.1 Internacionales	5
1.1.2 Nacionales	8
1.2 Definición.....	11
1.2.1 Jurídica	11
1.2.2 Dogmática	12
1.3 Desarrollo en la normativa e interpretación.....	15
1.3.1 Constitución de la República del Ecuador	15
1.3.1.1 Principio de Legalidad	16
1.3.1.2 Principio de Irretroactividad	17
1.3.1.3 Principio de Transparencia.....	19
1.3.1.4 Principio de Suficiencia Recaudatoria	20
1.3.2 Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno	22
1.3.2.1 Reglamento a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno .	23
1.3.3 Código Tributario	24
2. Capítulo II: Tratamiento tributario, societario, competencial y afectación vinculante.....	29
2.1 Concepto de sucursal.....	29
2.2 Que implica el procedimiento de domiciliación de una sucursal	31

2.2.1	Tratamiento Tributario	31
2.2.2	Tratamiento societario	33
2.2.3	Tratamiento competencial	35
2.3	Concepto de partes relacionadas	38
3. Capítulo III: Afección generada por la aplicación estatal de las normas de subcapitalización		
43		
3.1	Impacto Societario.....	43
3.1.1	Afección a sucursales domiciliadas en el país.....	43
3.1.2	Pérdida de futuras inversiones	44
3.2	Impacto tributario.....	48
3.2.1	Recaudación de impuestos	48
3.2.2	Inaplicabilidad de incentivos tributarios	51
3.3	Seguridad Jurídica	57
3.3.1	Normativa Vigente	57
3.3.2	Postura del Servicio de Rentas Internas.....	60
3.3.3	Legislación comparada.....	63
3.3.4	Pronunciamientos de la Corte Nacional de Justicia.....	66
4.	Conclusiones y recomendaciones.....	74
4.1	Conclusiones.....	74
4.2	Recomendaciones.....	76
	Referencias.....	78

Introducción

A partir del año 2008, con la nueva Constitución, el Ecuador entró en un proceso de reestructuración gubernamental y replanteamiento de objetivos nacionales, lo cual se vio reflejado en las nuevas directrices fiscales y recaudatorias aplicadas por el gobierno, tal y como lo dispone el segundo inciso del artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador (2008):

“La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.”

Desde entonces, se han evidenciado un sinnúmero de actividades empresariales, destinadas a la planeación fiscal y a la evasión, siendo la licitud el pilar fundamental que distingue al primer concepto del segundo. Esto se ha visto reflejado principalmente en las relaciones que mantienen ciertos operadores económicos en el Ecuador con sus partes relacionadas en el extranjero. Sin embargo, la voluntad gubernamental de cumplir con sus objetivos recaudatorios a carta cabal, implicó que el ente a cargo de los tributos, es decir el Servicio de Rentas Internas (SRI), haga una aplicación extensiva de la normativa tributaria, a fin de poder emitir actas de determinación sin observar las distinciones y peculiaridades de los distintos casos, hecho el cual se vio justificado con el principio de “esencia sobre la forma” dispuesto en el siguiente artículo del Código Tributario (2005):

“**Art. 17.-** Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia

y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

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

El problema suscitado a partir de la aplicación extensiva que se le ha dado a esta norma por parte de la administración tributaria, es que asume que se están dando procesos de subcapitalización en la mayoría de las relaciones existentes entre operadores económicos en el Ecuador con sus partes relacionadas en el extranjero, lo cual genera un perjuicio jurídico y económico para dichos entes, verbigracia las sucursales, cuyo modelo de negocio radica principalmente en las relaciones económicas existentes entre el establecimiento en el Ecuador y su casa matriz en el extranjero; por lo que el SRI valiéndose de la antedicha norma, emite actas de determinación que afectan no solo a las entidades existentes bajo esta figura jurídica, sino también a aquellas que buscan entrar en el mercado nacional, convirtiéndose en una espada de Damocles para la economía y la seguridad jurídica nacional.

A más de lo anteriormente expuesto cabe hacer hincapié en que la subcapitalización no es un concepto nuevo en nuestra legislación, ya que se encontraba regulada desde hace algunos años atrás, sin embargo no es sino hasta el año 2010 en que se hizo una adecuación a la normativa a fin de establecer un límite objetivo a los gastos deducibles entre partes relacionadas, conforme lo prevé el tercer epígrafe del numeral segundo del artículo décimo de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2010 vale indicar que este cuerpo normativo fue elevado a categoría de orgánica por la Ley de Equidad Tributaria del año 2007; en el presente estudio se hará referencia indistintamente a la Ley de Régimen Tributario Interno, LRTI o Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, LORTI) el cual prevé:

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

[...]

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

[...]

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

Conforme lo detallado anteriormente es importante hacer hincapié en que previo a la adecuación que se hizo al artículo diez de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, la subcapitalización se regulaba bajo los rubros establecidos por el Banco Central, es decir que era dicha entidad la que se encargaba de delimitar anualmente la deducibilidad de intereses entre partes relacionadas.

La mencionada incorporación establece los rubros para la deducibilidad de intereses, lo cual si bien suena alentador para los contribuyentes y la seguridad jurídica a nivel nacional, se ha tornado en un arma de doble filo puesto que permite inobservar los casos de forma específica, en virtud de que aquellas transacciones que han superado el umbral se consideran subcapitalizaciones directamente, sin dar paso un análisis más detallado, lo cual afecta de forma trascendental los derechos de los contribuyentes.

Por lo expuesto no es aventurado decir que a partir de la adecuación que se hizo a la normativa tributaria, se ha dado paso a un sinnúmero de irregularidades e inobservancias jurídicas que causan un perjuicio inminente a entidades cuyo desarrollo de negocio depende de los vínculos que existan entre si y sus partes relacionadas, tal como las subsidiarias y/o las sucursales.

Lo expuesto radica en que se ha dado relevancia al principio de suficiencia recaudatoria en detrimento de otros principios tributarios y, al final en perjuicio de los operadores económicos, hecho que ha desencadenado un sinnúmero de procesos judiciales que afectan tanto al sector público como al privado y, que a su vez desincentivan la inversión extranjera.

1. Capítulo I: Concepto general de la subcapitalización y su desarrollo en la normativa ecuatoriana

1.1. Antecedentes

1.1.1 Internacionales

La subcapitalización no es un concepto nuevo en el Ecuador, puesto que la Ley de Régimen Tributario Interno preveía su regulación desde su entrada en vigencia al permitir la deducibilidad de intereses entre partes relacionadas hasta la tasa activa máxima determinada por el Banco Central del Ecuador; sin embargo en el año 2010 este concepto viene a ser regulado de manera más rigurosa a partir de la adecuación de la norma delimitando en un 300% del patrimonio de la sociedad, la deducibilidad de intereses entre partes relacionadas.

Es pertinente mencionar que en otras legislaciones la subcapitalización ha sido regulada bajo el esquema de *ratios* fijos desde un inicio, un claro ejemplo de ello es el caso mexicano en el cual se reguló inicialmente bajo la metodología objetiva, y no sufrió la modificación que se dio en la normativa ecuatoriana, en la que en un inicio se regulaba bajo la tasa activa determinada por el Banco Central del Ecuador para después ser tratada bajo el esquema objetivo.

En la misma línea de lo detallado anteriormente, la legislación española prevé igualmente, desde el año 1991 una codificación de normas referentes a la subcapitalización, las cuales operan bajo un paradigma de *ratios fijos* pero con un espectro más amplio, puesto que a su vez se observan otros menesteres a fin de determinar si ha existido subcapitalización o no.

Es importante recalcar que las normas referentes a la subcapitalización han buscado desde un inicio establecer conductas anti evasivas para los

contribuyentes, como ya lo dijo el tratadista español Rodrigo Gastalver (2011) “las normas anti elusión tienen la finalidad de evitar que las entidades financien en exceso sus operaciones concediendo préstamos con intereses altamente elevados, a fin de disminuir la carga tributaria favoreciendo a los contribuyentes y perjudicando al fisco”. Es decir, que la financiación entre partes relacionadas no está prohibida, lo que se restringe es el exceso, para evitar precisamente perjuicios al fisco.

Es transcendental recalcar que a nivel internacional existen dos métodos distintos a fin de determinar si existe subcapitalización o no, como ya se mencionó anteriormente el primer método es el de *ratios fijos* o también conocido como método objetivo y a su vez el método subjetivo, el cual se encarga de estudiar distintos matices y peculiaridades de cada situación a fin de esclarecer si existe subcapitalización o no; el método subjetivo consiste en analizar cada caso en concreto para determinar si el préstamo simula una aportación en numerario y si hubiese sido otorgado por una parte independiente, para tal efecto el autor Carlos Palao (2011) dice “el método subjetivo consiste en analizar cada caso concreto para determinar si el préstamo encubre una aportación de capital y si hubiera sido concedido por una parte no relacionada”.(p. 698)

A diferencia de México o España que utilizan el método objetivo, el cual explicaremos a profundidad más adelante, existen otros países que basan su normativa en el método subjetivo, este es el caso de Italia y Bélgica, los cuales observan cada caso en particular y las distintas circunstancias suscitadas a fin de determinar si existe subcapitalización o no.

En concordancia con lo antedicho, a decir de los autores belgas Galéa y Jourdain (2012) a fin de determinar si existe subcapitalización o no, el sistema belga dispone que se revise la capacidad de endeudamiento de las sociedades, los fondos propios de las empresas al cierre del ejercicio fiscal anterior previo al proceso de determinación, y a su vez se excluyen de este tipo

de procesos aquellas compañías dedicadas al *factoring*¹ y *leasing*² dejando en la mira principalmente a aquellas relacionadas con el sector financiero-bancario. De igual manera los referidos autores destacan que el método subjetivo utilizado en Bélgica es bastante efectivo puesto que, permite a los operadores económicos el pleno desenvolvimiento en el mercado, a diferencia del método objetivo utilizado en jurisdicciones como la española en donde al determinar rubros específicos a fin de esclarecer si existe subcapitalización o no, se deja de observar la dinámica del mercado en cada caso en particular y se transfiere la carga de la prueba a los contribuyentes a fin de que demuestren si han cumplido o no con el principio de plena concurrencia o *Arm's Length Principle*.

En virtud de lo tratado en líneas anteriores es pertinente mencionar que el fenómeno de la subcapitalización responde al crecimiento económico de las compañías, las cuales trascienden las barreras del territorio y logran posicionarse en distintas jurisdicciones a lo largo del mundo, es por ello que este problema por lo general sobresale en las relaciones de las subsidiarias o sucursales con sus casas matrices, por lo cual a decir de la tratadista Montestruque (2000) “la subcapitalización va a operar en el marco de sociedades vinculadas- principalmente matriz-filial - una residente o domiciliada en un determinado Estado y otra no domiciliada o no residente”.

Es necesario mencionar que si bien la subcapitalización ha sido regulada de distintas maneras a nivel internacional para evitar la evasión fiscal y el perjuicio a los estados donde se genera la renta, estas normas deberían desenvolverse conjuntamente con las necesidades del mercado y no proscribir conductas por un mero coeficiente fijo, puesto que no es menester de los estados aumentar su capacidad recaudatoria en detrimento de los derechos y capacidad contributiva de los distintos operadores de mercado.

¹ Herramienta financiera que permite transformar cuentas por cobrar en recursos líquidos.

² Sistema de arrendamiento de bienes con opción de compra.

1.1.2 Nacionales

Tal y como se ha detallado en las líneas que preceden a este epígrafe la subcapitalización es un concepto que ha sido ampliamente tratado por la normativa internacional, sea en los países de la región o de otros continentes; es necesario hacer hincapié en que es un concepto que ha venido desarrollándose conjuntamente con la evolución económica de cada país.

La subcapitalización no es un concepto nuevo en el Ecuador puesto que, la Ley de Régimen Tributario Interno lo preveía desde un inicio, por tal la deducibilidad de intereses entre partes relacionadas, estaba permitida hasta la tasa activa máxima determinada por el Banco Central del Ecuador, tal y como se desprende del artículo número diez de la Ley del Régimen Tributario interno (2004):

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

[...]

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

Conforme se evidencia en el texto anteriormente citado, no se proscribía la deducción de intereses en créditos entre partes relacionadas, sino que

simplemente se regulaba el porcentaje de deducibilidad mediante lo establecido por el Banco del Ecuador. A más del análisis de las tasas establecidas por el BCE, se recurría a criterios subjetivos para determinar si existía o no subcapitalización, sobre la base de la norma interpretativa del artículo 17 del Código Tributario, analizando elementos tales como el pago de intereses versus capital, rendición de garantías y el plazo contractual.

Sin embargo, en el año 2010 se efectuó una reforma en el artículo número diez de la Ley Orgánica del Régimen Tributario interno (2010), la cual reza lo siguiente:

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

Con la reforma incorporada en la normativa *ibídem*, se estableció que los intereses por créditos entre partes relacionadas no pueden superar el 300% del patrimonio de la sociedad, es decir que los intereses que se pacten en préstamos entre compañías vinculadas o partes relacionadas no pueden superar en más de 3 veces el patrimonio de la compañía beneficiaria del crédito, caso contrario se entendería que se están realizando créditos bajo la figura de subcapitalización.

Sin embargo, es pertinente cuestionar si, pese a estar reglado, el método de *ratios fijos* aplicado por la administración tributaria se enmarca dentro de los principios de transparencia y equidad, puesto que no se vislumbra cada situación en particular sino que se aplica una norma genérica a todos los casos similares, lo cual afecta a los operadores económicos y nos lleva a una situación delicada (o complicada) en donde el *in dubio pro contribuyente* es absolutamente violentado por la facultad *imperium* del Estado.

Como se mencionó anteriormente, previo a la reforma del año 2010, la entidad tributaria determinaba si existían procesos de subcapitalización valiéndose de las tasas autorizadas por el Banco Central del Ecuador y por la aplicación en procesos de determinación del principio de “esencia sobre la forma” determinado en el artículo 17 del Código Tributario (2005):

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

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

La administración tributaria se valía de este artículo para valorar las transacciones no por su forma sino por su fondo, evidenciando en algunos casos esquemas de evasión o generando arbitrariamente perjuicios en otros contribuyentes.

A decir de los autores Bustos y Vivar (2014), dentro del espacio temporal en el que la subcapitalización no estaba regulada bajo la metodología de ratios fijos, es decir previo el 2010, existió un claro abuso de derecho por parte de la administración tributaria, conforme a la aplicación del art 17 *ibídem* dentro de los parámetros de subcapitalización, en virtud de que se aplicaba una norma interpretativa a fin de determinar cuantiosas glosas a determinados contribuyentes; hecho el cual puede ser contraproducente para la seguridad jurídica del país y, de ser el caso para la futura inversión extranjera.

Cabe entonces cuestionarnos desde ya si, la aplicación de las normas referentes a subcapitalización dentro del Ecuador han sido aplicadas erróneamente desde un inicio por la voluntad de la administración tributaria, a fin de fortalecer al principio de suficiencia recaudatoria por sobre el resto.

1.2 Definición

1.2.1 Jurídica

Es pertinente señalar que a nivel jurídico la subcapitalización no posee una definición en *stricto sensu*, puesto que se la trata de diferentes maneras acorde las distintas legislaciones que la prevén, tal y como se explicó en los párrafos anteriores, sea a través de un método objetivo, a su vez llamado de *ratios fijos* o del método subjetivo, las acepciones respecto a este concepto varían ampliamente.

Sin embargo, es pertinente señalar que fuentes como (trabajoypersonal, s.f.) definen a este concepto como “la capitalización de las sociedades filiales por endeudamiento con empresas del mismo grupo empresarial” es decir la concesión de créditos o inyecciones de capital entre partes relacionadas.

Ahora bien, cabe recalcar que los préstamos entre partes relacionadas no están proscritos *per se* pese a que la administración tributaria ecuatoriana nos dé a entender ello con su actuar; el hecho de que la casa matriz de una compañía domiciliada en España le otorgue un préstamo a su filial en el Ecuador, no incurre en quebrantamiento alguno de las normas tributarias, sin embargo la problemática se suscita en los intereses pactados de los préstamos devengados, puesto que en algunas ocasiones ciertos contribuyentes pactaban unos intereses sumamente altos en los préstamos con sus partes relacionadas, para así poder deducir dichos gastos de su pago al impuesto a la renta y por ende simular un pago imputable al interés cuando en realidad se estaba haciendo un envío de dividendos. Lo cual erosionaba la base imponible ecuatoriana perjudicando al fisco.

En observancia al antedicho problema, la legislación ecuatoriana fue reformada a fin de aceptar un máximo de deducibilidad en intereses pagados por créditos directa o indirectamente a partes relacionadas, equivalente al 300% del patrimonio de la sociedad beneficiaria del crédito, tal y como lo dispone el último epígrafe del numeral 2 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2010):

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

Es evidente señalar entonces que el concepto jurídico incorporado en el Ecuador para el tratamiento de la subcapitalización es el de ratios fijos, tal y como lo evidencia la antedicha norma.

Sin embargo cabe cuestionarse, si el tratar todos los casos bajo un mismo umbral puede ser contraproducente para el Ecuador y, en qué medida un tratamiento como tal garantiza seguridad jurídica dentro de la institucionalidad del estado.

1.2.2 Dogmática

A diferencia del aspecto jurídico, el dogmático se ha esmerado por tratar a mayor profundidad lo referente a subcapitalización, estableciendo desde conceptos hasta críticas a los sistemas aplicables conocidos a nivel internacional.

A decir de Héctor Villegas (2009) la subcapitalización 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”

De acuerdo a la definición del tratadista Villegas podemos entender que la subcapitalización viene a ser una aportación de capital que una sociedad hace a otra bajo la forma de un préstamo, a fin de que los intereses sean deducidos y pagados en una jurisdicción de menor imposición, para así apuntalar las ganancias de la sociedad. Ahora bien, debemos entender que hay una línea muy delgada en la que este concepto se torna de una actividad lícita de planeación tributaria a una ilícita de índole evasiva, lo cual a su vez dependerá del método aplicable según la jurisdicción, sea el objetivo o el subjetivo, tal y como se explicó anteriormente.

El tratadista Félix Vega (2002) dice que entendemos que una sociedad se encuentra subcapitalizada cuando existen las siguientes peculiaridades:

“Pues bien, en un sentido amplio, se estima que una sociedad se encuentra subcapitalizada o en una situación de infracapitalización cuando su estructura financiera revela una evidente desproporción entre la cifra resultante de computar los recursos propios y la cifra que resulte de las distintas partidas que integran los recursos ajenos”

Pese a lo antedicho es pertinente destacar que el concepto “evidente desproporción” es sumamente abierto lo cual da paso a que se realice una valoración extensiva y hasta atentatoria a los derechos de los contribuyentes, tal y como lo ha venido haciendo la administración tributaria ecuatoriana. Por tanto es evidente que las normas referentes a la subcapitalización requieren que se observen todas las peculiaridades de cada caso en específico, y no guiarse por meros umbrales o por valoraciones conforme “la sana crítica” de los funcionarios.

La doctrina reconoce dos parámetros de subcapitalización, la material y la formal; por su parte la tratadista Karina Montestruque (2014) nos permite dilucidar lo siguiente:

“La subcapitalización puede entenderse en dos sentidos distintos, como subcapitalización material y formal, respectivamente. La primera existe cuando el capital es inferior al necesario para el funcionamiento de la sociedad y, sobre todo, para hacer frente a sus responsabilidades, que es el aspecto que principalmente interesa al derecho privado. Mientras que existe subcapitalización en el sentido formal en aquella situación en la que, si bien la sociedad posee los recursos financieros necesarios, éstos no se le han proporcionado en forma de aportación, es decir como fondos propios, sino en forma de préstamo- financiación ajena -, es decir se canaliza por medio de un préstamo lo que desde el punto de vista económico es una aportación”

Las acepciones detalladas por la autora nos permiten entender que por un lado la subcapitalización material es aquella en la cual la sociedad no dispone de fondos para cumplir con sus obligaciones o efectuar adecuadamente su giro de negocio, lo cual como bien se menciona compete al derecho privado y comercial, ya que en caso de alguna eventualidad o controversia, esta se ventilará entre privados.

Por otro lado, la subcapitalización formal es el concepto el cual nos atañe puesto que, en este caso la sociedad adquiere una inyección de capital por una de sus partes relacionadas, la cual no ha sido proporcionada como aportación sino como préstamo, desconociendo la relación intrínseca entre las sociedades, pretendiendo simular un acto jurídico bajo la figura de un empréstito.

A groso modo hemos logrado evidenciar ciertas definiciones del sinnúmero que rodean este concepto, pero es importante destacar que el tratamiento especializado para una circunstancia en la que sobresalga la subcapitalización no debe mirar únicamente umbrales o teoría doctrinaria, sino cada acto en específico y esclarecer todos los detalles del mismo.

1.3 Desarrollo en la normativa e interpretación

1.3.1 Constitución de la República del Ecuador

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyo ordenamiento jurídico se ve reglado y normado por los derechos y principios establecidos en nuestra Carta Magna, lo cual permite que el desarrollo de la normativa se realice siempre en observancia a los derechos y principios consagrados en nuestra Constitución.

Conforme lo expuesto, la Constitución de la República del Ecuador (2008) se encarga de regular a su vez el régimen tributario a nivel nacional, bajo los siguientes principios rectores sobre los cuales debe desarrollarse:

“Art. 300.- El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.”

El artículo detallado anteriormente se encarga de enumerar los principios sobre los cuales debe desenvolverse el régimen tributario a nivel nacional, a fin de salvaguardar los derechos de los contribuyentes y las potestades del estado que se derivan del poder otorgado por el pueblo.

Pese a lo que manda el artículo detallado anteriormente, existe un principio más, llamado reserva de ley, el mismo que se ve consagrado en la normativa *ibídem* en el siguiente artículo:

“**Art. 301.-** 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.”

El antedicho artículo confiere únicamente al Presidente de la república la iniciativa, para presentar un proyecto de ley en materia de impuestos, el mismo que se viabilizará mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional, es decir que se reserva únicamente para las funciones ejecutiva y legislativa las facultades detalladas en la Constitución de la República del Ecuador.

Adicionalmente es pertinente destacar que el Código Tributario (2005) dispone a su vez del principio de legalidad, determinado en el siguiente artículo:

“**Art. 5.-** Principios tributarios.- El régimen tributario se regirá por los principios de legalidad, generalidad, igualdad, proporcionalidad e irretroactividad.”

De conformidad con lo detallado anteriormente es importante mencionar algunos de los principios que más se interrelacionan con el tema de subcapitalización, materia del presente estudio.

1.3.1.1 Principio de Legalidad

Conforme lo dice su propio nombre, este principio nos da a entender que todo aquello referente al régimen tributario debe observarse acorde lo dispuesto en la ley.

En concordancia con este principio, el tratadista Robert Blacio (2010) comenta lo siguiente:

“no hay tributos sin ley; por lo tanto, este principio exige que la ley establezca claramente el hecho imponible, los sujetos obligados al pago, el sistema o la base para determinar el hecho imponible, la fecha de pago, las exenciones, las infracciones, sanciones, órgano habilitado para recibir el pago, los derechos y obligaciones tanto del contribuyente como de la Administración Tributaria, todos estos aspectos estarán sometidos ineludiblemente a las normas legales.”

De lo esgrimido por el autor podemos entender que todo lo referente a un impuesto, es decir su aplicación, pago y sanción por incumplimiento se encuentran detallados en la ley de forma mandatoria, mas no interpretativa, ya que por su propia naturaleza son disposiciones del estado a través de su facultad de *imperium* y no conceptos sujetos a la interpretación por parte de funcionarios o jueces de la república. Este concepto sustenta la frase que prima en el derecho tributario: "*Nullum tributum sine lege*".

1.3.1.2 Principio de Irretroactividad

Más allá de ser un principio del derecho tributario debemos ser enfáticos al recalcar que este rige toda la normativa legal vigente, puesto que la ley per se es únicamente para lo venidero, tal y como lo expone el artículo número siete del Código Civil (2005) “Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes (...)”

Pese a no ser del todo pertinente el detallar las reglas respecto al conflicto suscitado entre normas anteriores y posteriores, se debe recalcar que la aplicación de una regla sobre la otra se guía en observancia al mejor reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas, es decir que en caso de un conflicto de retroactividad de las normas, esto puede darse únicamente para favorecer a los sujetos de derechos y no para perjudicarlos, lo cual la administración tributaria no ha cumplido a carta cabal y, de hecho ha inobservado en más de una ocasión este principio.

A más de lo antedicho referente al principio de irretroactividad el tratadista Robert Blacio (2010) dice:

“El régimen tributario rige para lo venidero, no puede haber tributos posteriores con efectos retroactivos, por ende, la Ley tributaria no tiene carácter retroactivo, en forma más sencilla y espontánea el presente principio permite a las personas tener confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas.”

Conforme nos permite entender el autor a partir de su elocuente punto de vista, el principio de irretroactividad es una de las piedras angulares en el desarrollo de la normativa de cualquier país, ya que esta permite que las personas tengan confianza en el sistema legal que rige a una nación en específico y evita que se cometan atropellos a los derechos de los administrados.

Por si fuera poco, la normativa tributaria también prevé y desarrolla este concepto, tal y como se desprende del artículo número 3 del Código Tributario (2005):

“**Art. 3.-** Poder tributario.- Sólo 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.

Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley.

El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana.”

En concordancia con lo detallado por los tratadistas citados y, por nuestra legislación vigente, es adecuado decir que la normativa ecuatoriana reconoce formalmente la irretroactividad de las normas en materia tributaria, sin embargo no existe una aplicación material de este principio puesto que, la administración

tributaria se ha encargado de hacer exigibles a obligaciones que no estaban vigentes a la fecha del hecho generador, basándose en normas interpretativas, en leyes expedidas después de la culminación de ejercicios fiscales y, justificando su actuar bajo el principio de esencia sobre la forma.

A más de lo expresado, la irretroactividad para efectos tributarios puede darse únicamente en pro del contribuyente por ejemplo, cuando la ley posterior le es favorable, en cuyo caso, puede aplicarse en su beneficio, mas no en su perjuicio.

1.3.1.3 Principio de Transparencia

De primera mano el principio de transparencia se entiende como aquel en el cual los ciudadanos deben conocer perfectamente los actos del gobierno, su propósito y, el destino de los recursos, para así transparentar su función y evitar afecciones latentes a la ciudadanía y al país como tal.

Más allá de este concepto, el principio de transparencia se entiende como aquel que apuntala la pulcritud en los actos de un gobierno en específico, para así evitar se violenten los derechos de las personas, por ende el principio de transparencia a nivel tributario es un mandato del deber ser, que busca cerciorarse de que la actuación de la administración tributaria sea conocida por todos, y que no vulnere los derechos de los contribuyentes, manteniéndose en armonía con el resto de principios previstos en la legislación vigente.

Cabe recalcar que fuentes como (bibliojuridicasunammx, s.f.) dice “La transparencia significa, incluso el asegurarse que los derechos de los ciudadanos sean respetados y que puedan participar en las decisiones que afecten sus vidas y sus intereses”

La antedicha conceptualización remarca la idea inicial de que el principio de transparencia tributaria ciñe la prolijidad al momento de encaminar la actuación de la administración tributaria, puesto que al mismo tiempo de cumplir con una función primordial del estado, debe hacerlo sin menoscabar los derechos de los contribuyentes.

1.3.1.4 Principio de Suficiencia Recaudatoria

El principio de Suficiencia Recaudatoria está dirigido hacia el ejercicio de las funciones de la administración tributaria, ya que este viabiliza y marca la prioridad máxima del Servicio de Rentas Internas, estableciéndolo como un fin anhelado, sin embargo debemos preguntarnos, ¿Cuáles son los medios para alcanzar este fin, y que tan legítimos son?

Por una parte, una de las acepciones del principio de suficiencia recaudatoria nos permite entender que el estado debe autofinanciarse a partir de los tributos recaudados, para ello el tratadista Alberto Lalama (2011) dice “que la suficiencia recaudatoria es la necesidad del estado en cubrir el gasto presupuestado, mediante la capacidad contributiva de las personas” lo cual nos permite pensar que un estado se ciñe a las propias posibilidades de su pueblo para financiarse a sí mismo.

Si entendemos que la principal atribución por parte de la administración tributaria es recaudar y administrar los impuestos, tasas y contribuciones que por ley le competan, para así destinarlos a las arcas del estado, es pertinente decir que es una obligación de suma importancia e incluso plausible, debido a la titánica tarea que ello significa; sin embargo el problema surge cuando pese a estar de acuerdo con el fin, no lo estamos con los medios utilizados por la administración tributaria.

Como ya se ha venido experimentando desde el replanteamiento de la política tributaria ecuatoriana fijada en la constitución del 2008, la administración tributaria ha sido mucho más estricta con la recaudación de tributos a los contribuyentes, hecho el cual se ha justificado mediante la suficiencia recaudatoria que debe existir en el país, sin embargo no se ha considerado que este principio puede ser un arma de doble filo, ya que a la luz de este principio, se pueden justificar atropellos por parte de la administración tributaria en contra de los contribuyentes, ya que se superpone este mandato de optimización sobre los otros enunciados en el artículo 300 de la Constitución de la República y, artículo 5 del Código Tributario, alegando que este favorece al interés colectivo y no al individual que salvaguardan los otros principios.

En la misma línea de lo antedicho el autor Alberto Lalama (2011) dice:

“La suficiencia recaudatoria en cambio privilegia la necesidad del estado, sobre la capacidad individual impositiva. Esto es, que no importa cuál sea realmente la riqueza generada por el individuo, su contribución no se fijará en el monto equitativo, sino que estará encaminada a cubrir las necesidades del estado, como principio esencial.”

Conforme lo enunciado por el autor, el principio de suficiencia recaudatoria, faculta al estado para inobservar los derechos de los contribuyentes, en observancia a su necesidad y no a su capacidad contributiva, sustentada en los principios de progresividad y equidad, tal y como reza nuestra legislación.

Se ha demostrado que el Estado ecuatoriano se rige bajo una vorágine de normas que podrían facultar el abuso estatal hacia los contribuyentes, respondiendo así al interés gubernamental y no social. Este hecho se ve materializado dentro de las glosas de subcapitalización emitidas por parte de la administración tributaria a varios contribuyentes, puesto que se han utilizado normas interpretativas, dudosos criterios jurídicos y, la jerarquización de principios por sobre otros, a fin de beneficiar al estado en detrimento de los derechos de los administrados.

1.3.2 Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno

Pese a que la subcapitalización es un concepto que data desde hace algún tiempo en nuestra legislación, este ha sido modificado en su alcance, conforme la reforma que data del año 2010, respecto al artículo décimo de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2010), donde se establecen los umbrales en la deducibilidad de intereses entre partes relacionadas:

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

[...]

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

[...]

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

Tal y como se desprende de este artículo, la legislación ecuatoriana prevé un umbral máximo respecto a la deducibilidad de intereses entre partes

relacionadas, equivalente a un 3 a 1 respecto del patrimonio de la sociedad beneficiaria del préstamo.

Vemos que el umbral fijado corresponde a un método objetivo o, de *ratios fijos* para el tratamiento de la subcapitalización a nivel nacional. Es pertinente señalar que al poseer una normativa que prevé un método de *ratios fijos*, se está viendo a todos los casos por igual ya que, se establece que existe subcapitalización únicamente en virtud de si se ha superado el umbral, mas sin embargo no se ahonda en cada caso en particular a fin de determinar las condiciones del préstamo, características del mismo y más datos que son necesarios a fin de esclarecer verdaderamente los hechos.

1.3.2.1 Reglamento a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno

Es pertinente destacar que la legislación ecuatoriana limita específicamente la deducibilidad de interés para las sucursales, tal y como lo dispone el Reglamento a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2010):

“**Art. 30.-** Deducción por pagos al exterior.- Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas.

[...]

- 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.”

El artículo detallado anteriormente ciñe igualmente una limitación a la deducibilidad de intereses entre las sucursales y sus casas matrices, respecto a un máximo del 300% del patrimonio asignado.

Pese a lo citado, la deducibilidad de intereses respecto de una sucursal con su casa matriz, afecta directamente el modelo de negocio de una sucursal, valga la redundancia, puesto que, esta se encuentra intrínsecamente relacionada con su directriz fuera del país ya que, requiere de la autorización directa de esta para cualquier acto o efecto jurídico debido a la situación *sui-generis* de esta entidad, ya que carece de muchas facultades jurídicas a diferencia de una compañía constituida como tal.

A fin de esclarecer lo antedicho, posteriormente realizaremos un breve análisis de lo suscitado en el caso OCP, respecto a dicha entidad en el Ecuador, el requerimiento solicitado por el estado, y el castigo concedido por este mismo a la entidad, debido a un préstamo que otorgó la casa matriz a la sociedad obedeciendo una necesidad imperiosa de contratación por parte del Estado Ecuatoriano.

1.3.3 Código Tributario

De primera mano debemos mencionar que el Código Tributario no prevé nada al respecto de la subcapitalización, ni abarca concepto alguno que pueda coadyuvar al método objetivo utilizado en el Ecuador.

Sin embargo, a fin de emitir las primeras glosas y actas de determinación, la administración tributaria se valió del principio “esencia sobre la forma” establecido en el Código Tributario (2005):

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

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

Conforme lo esgrimido por la norma en mención, podemos entender a esta conceptualización, no como un artículo mandatorio en términos legales, sino como uno de carácter interpretativo o abierto, que permite a los jueces, interpretar la norma, en observancia a las transacciones, para así determinar si una conducta se adecúa o no a determinado presupuesto de la norma.

A decir del tratadista Enrique Fowler (1991) el principio de esencia sobre la forma o también llamado sustancia sobre la forma es:

“Este concepto implica la idea de que al definir el tratamiento contable de un hecho debe darse preeminencia a su esencia económica y no a las formas jurídicas, que podrían no reflejarla adecuadamente.

Dado un fenómeno observado, no basta con su conocimiento superficial. Es necesario descubrir su esencia, que en algunas transacciones comerciales puede estar oculta bajo la forma de la operación.”(pp. 91-92)

A la luz de lo mencionado por el autor, entendemos que el principio esencia sobre la forma busca la intención real de los contribuyentes bajo las formas jurídicas por ellos utilizadas, es decir se busca el fondo y naturaleza de las transacciones pese a la forma utilizada.

Sin embargo cabe cuestionarnos desde ya, ¿qué tan adecuado fue el usar el artículo número 17 del Código Tributario a fin de emitir actas de determinación? Y a su vez ¿Qué tan legal fue el ejercicio de esta acción?, puesto que la interpretación de los artículos a la luz de la sana crítica es una facultad reservada únicamente a los jueces de la república, no a ningún funcionario administrativo o recaudador, como los mal llamados jueces de coactivas.

Respecto a las normas abiertas, la autora Elisabeth Gutiérrez (2009) dice que “una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos en que procede o queda excluida su aplicación.” Lo cual nos permite entender que, una norma es de carácter abierta cuando no se ha delimitado exhaustivamente el marco sobre el cual se desarrolla, es decir no posee ni un

mandato de obligatoriedad, ni un supuesto, ni una consecuencia jurídica, como es el caso del artículo número 17 del código tributario, el cual para efectos legales, establece una guía, mas no una disposición mandatoria.

Una vez aclarado nuestro primer cuestionamiento, debemos enfocarnos en la legalidad de la aplicación de una norma interpretativa por parte de un funcionario administrativo, y no de un juez. Para tal efecto el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) detalla:

“Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”

En base a lo anteriormente señalado, queda definido entonces que la interpretación de principios sirve para integrar y delimitar el campo de acción del ordenamiento legal; sin embargo la aplicación del artículo 17 del Código Tributario fue extralimitada ya que, en lugar de servir como herramienta delimitante del campo de acción jurídico, se utilizó como herramienta determinante de la situación jurídica es decir como un mero justificativo.

Así mismo, el código ibídem detalla lo siguiente respecto a la interpretación de normas procesales:

“Art. 29.- INTERPRETACION DE NORMAS PROCESALES.-
Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

[...]”

Con la primera parte del artículo citado anteriormente, basta para entender que únicamente un juez de la república es competente para interpretar una norma, no un funcionario administrativo del Servicio de Rentas Internas; y a su vez la interpretación puede darse únicamente en observancia a los derechos constitucionales de las personas, no en detrimento de los mismos.

Cabe indicar que, la administración tributaria ha abusado de la facultad determinadora presuntiva que la ley le confiere, que como lo expone la tratadista Tania Loyola (2010) “cuando la administración tributaria no posea información suficiente podrá realizar una determinación presuntiva fundamentándose en parámetros manejados por sí mismo”, convirtiéndose por tal en juez y parte. (pp. 10-11).

En contraposición a lo antedicho, la administración tributaria sostiene una política rigurosa referente a la aceptación de la deducibilidad de intereses respecto a la subcapitalización, al tenor del artículo 17 del Código Tributario, efecto para el cual el Servicio de Rentas Internas (s.f.) mediante su portal web dispone:

“La administración tributaria no reconoce como gasto deducible cuando no se cumplen las condiciones del crédito (pagos de capital e interés, fuera de plazos acordados, condonación no existen garantías, etc.), porque el préstamo está reemplazando la provisión de fondos (patrimonio).
(Simulación / Art. 17 del CT)

El crédito fue otorgado por una compañía relacionada bajo condiciones que un tercero independiente no le hubiera concedido. (Simulación / conjunto económico, Art. 17 del CT).”

Tanto la tesis que sustenta la aplicación del artículo 17 del Código Tributario así como aquella que la condena, han sido expuestas anteriormente, sin embargo es pertinente destacar que la aplicación de la misma ha significado vulneración de derechos para ciertos contribuyentes, dejando de lado toda efectividad al momento de recaudar y, llevándonos a la conclusión de que su aplicación no fue adecuada.

Lo hasta aquí desarrollado nos permite tener elementos relacionados con la temática tributaria, que inciden en el ámbito societario, tal y como lo vamos a desarrollar en el siguiente capítulo.

2. Capítulo II: Tratamiento tributario, societario, competencial y afectación vinculante

2.1 Concepto de sucursal

Antes de comenzar con este capítulo es pertinente detallar que nos referimos a las sucursales de compañías internacionales en el Ecuador.

A decir del autor Guillermo Cabanellas (1981) el concepto de sucursal es:

“Establecimiento mercantil o industrial que depende de otro, llamado central o principal, cuyo nombre reproduce, ya esté situado en distinta población o en barrio distinto de una ciudad importante. Los bancos, las grandes casas de comercio, los hoteles suelen poseer sucursales si los negocios marchan favorables.

Las sucursales mantienen la unidad de la firma social, no poseen capital propio ni responsabilidad separada, aunque puedan gozar de relativa independencia dentro de la estructura interna de la institución. Las sucursales integran especie de colonias o bases económicas de las grandes empresas, cuyas instrucciones y suministros proceden por lo común y exclusivamente de la casa central o matriz” (p. 599)

Queda claro entonces que las sucursales vienen a ser una especie *sui generis* dentro del ámbito societario, ya que dependen exclusivamente de los lineamientos y parámetros establecidos por su casa matriz, por cuanto es entendible entonces que la sucursal informe de todas sus peculiaridades a su casa matriz, sobre todo respecto a asuntos económicos.

A más de lo expuesto por el autor, podemos ver a su vez que la sucursal es una entidad que a diferencia de las compañías normales que poseen personalidad y personería jurídica, la sucursal posee la personalidad jurídica de su casa matriz y la personería jurídica la ejerce el representante designado por la misma casa.

El autor Vinicio Palacios (2015) menciona en su texto:

“La persona jurídica se compone de personalidad jurídica y personería jurídica. Ahora bien, estos conceptos no son sinónimos. La sentencia No. 78-2000, de 11 de marzo de 2003, publicada en la Gaceta Judicial 13, de 11-mar-2003, al diferenciar los conceptos de personalidad y personería jurídica, expresa: “Frecuente resulta la confusión que se crea entre los conceptos personalidad y personería, que es necesario distinguirlos como bien señalan los diccionarios y la doctrina, ya que existen entre ellos matices diversos. Así la primera implica que se le permite a la persona ser titular y desarrollar actividades jurídicas; que tiene aptitud para desenvolverse y ser sujeto de la relación jurídica, mas no le concede posibilidad de defenderse por sí, necesita la protección especial y superior; por personería en cambio se entiende la capacidad legal de comparecer en juicio, así como también el de representación legal y suficiente para litigar”

Conforme la cita que precede a este epígrafe, queda claro entonces que la personalidad jurídica es la capacidad para contratar y obligarse mientras que la personería jurídica es la facultad que se tiene para comparecer a juicio; visto desde este punto debemos entender entonces que una sucursal es una entidad que puede contratar y obligarse con la autorización y condiciones dispuestas por la casa matriz y, comparecer a juicio por medio del representante legal designado por la misma casa.

A más de lo expresado en líneas anteriores, se debe hacer énfasis en que la sucursal viene a ser la extensión de una compañía en otro territorio distinto de aquel en que se constituyó, es por ello que la sucursal no se constituye sino que se domicilia, dando paso así a una entidad que responde directamente a la casa matriz, es por ello que la acepción que se le da en inglés *branch* (rama) es más apropiada, puesto que se entiende como una ramificación de la oficina central respondiendo a esta en absolutamente todo.

2.2 Que implica el procedimiento de domiciliación de una sucursal

2.2.1 Tratamiento Tributario

Debido a la calidad tan peculiar que tienen las sucursales en el Ecuador, no es menos sorprendente que el régimen tributario trate a estas entidades bajo ciertas distinciones del común denominador.

A fin de entender las peculiaridades en torno a las sucursales dentro del ámbito tributario, es pertinente remitirnos a lo que dice la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2014), respecto a la residencia fiscal de las sociedades:

“Art. 4.2.- Residencia fiscal de sociedades.- Una sociedad tiene residencia fiscal en Ecuador cuando ha sido constituida o creada en territorio ecuatoriano, de conformidad con la legislación nacional.”

De acuerdo al contenido de la norma transcrita, una sucursal de una compañía internacional, no se crea ni se constituye en el Ecuador, sino que simplemente se domicilia, ya que es únicamente una ramificación de la oficina central o casa matriz, cuyo domicilio se encuentra en el país en donde fue constituida.

Cabe recalcar entonces que conforme lo previsto en la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno las sucursales de compañías internacionales, no tienen residencia fiscal o domicilio tributario en el Ecuador.

Sin embargo, pese a que las sucursales no tienen residencia fiscal en el Ecuador conforme el análisis realizado, éstas tributan en el Ecuador como si tuviesen domicilio fiscal, es decir que para efectos tributarios, en el cumplimiento de obligaciones, no se diferencia a una sucursal respecto de una compañía constituida en el país ya que pagan los mismos impuestos y bajo las mismas tarifas que cualquier otra sociedad nacional.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, el Servicio de Rentas Internas alega que pese a las peculiaridades de las sucursales, son personas jurídicas, por lo cual son consideradas sociedades y deben tributar en el Ecuador sin preferencia alguna, por lo cual sustentan sus argumentos en el siguiente artículo de la normativa ibídem:

“Art. 98.- Definición de sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.”

Lo expuesto guarda coherencia con lo que dispone el Código Tributario (2005):

“Art. 24.- Sujeto pasivo.- Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable”

Es evidente entonces que, pese a que las sucursales son consideradas como entidades peculiares, para efectos recaudatorios tienen las mismas obligaciones que cualquier otra compañía nacional, mas no tienen los mismos beneficios ya que al ser consideradas como “no residentes fiscales” no pueden acceder a un sinnúmero de beneficios, como por ejemplo evitar la doble imposición bajo ciertos acuerdos suscritos entre el Ecuador y otros países, por lo cual muchas veces terminan tributando dos veces por un mismo hecho generador.

2.2.2 Tratamiento societario

Acorde a lo expuesto por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid (2015):

“Las sucursales son establecimientos secundarios, en los que no radica la plena dirección del negocio; se encuentran subordinados al establecimiento principal, tanto en el aspecto jurídico como en el fiscal y; tienen el mismo objeto que la sede central. De igual forma carecen de personalidad jurídica pues no se trata de una sociedad distinta y jurídicamente independiente de la principal; a pesar de la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, la inscripción no es constitutiva.”

De conformidad con lo expuesto queda claro entonces que la sucursal viene a ser un establecimiento o una extensión de la sociedad matriz en otro territorio, que por sus propias características responde directamente ante ésta, por lo cual cabe recalcar que las sucursales no son entidades que se constituyen en otro territorio, sino que se domicilian acorde la autorización emitida por la junta directiva de la sociedad matriz.

Nuestra Ley de Compañías (1999) prevé ciertos requerimientos a fin de domiciliar una sucursal en el Ecuador:

“**Art. 415.-** Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador deberá:

1. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado;
2. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.
3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas.

Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,

4. Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.

Para justificar estos requisitos se presentará a la Superintendencia de Compañías los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera.”

El contenido de la norma transcrita demuestra que la domiciliación de sucursales es un procedimiento sumamente complejo puesto que, a fin de comprobar la materialidad del acto se requieren ciertas formalidades, mismas que no son requeridas para ningún otro procedimiento.

Tal y como se esgrime del artículo *ibídem* es necesario demostrar que la sociedad matriz tiene la capacidad jurídica para aperturar sucursales en otro territorio y, que tiene la voluntad para ello, lo cual se expresa mediante el acta de junta que autoriza la domiciliación de una sucursal, efecto para el cual necesita un representante legal en dicho territorio a fin de plantear o contestar judicialmente cualquier requerimiento o demanda de, o hacia la sucursal, lo mismo que se realizará por medio de un poder especial o general otorgado por la casa matriz a fin de que el representante legal de la sucursal sea plenamente capaz de representarla.

De igual manera, a fin de domiciliar la sucursal esta debe poseer una cuenta de capital asignado, la misma que se diferencia de la cuenta de capital social de una compañía constituida en el Ecuador, ya que esta última pertenece a los socios de la misma, mientras que la cuenta de capital asignado es el rubro otorgado por parte de la casa matriz a la sucursal, valor el cual o no puede ser menor a dos mil dólares de los Estados Unidos de América.

Consiguientemente es necesario realizar una protocolización de los documentos mencionados a fin de ser entregados en la Superintendencia de Compañías, para posteriormente publicar el extracto aprobatorio de domiciliación durante una sola vez en la prensa.

Finalmente se deben inscribir las escrituras en el Registro Mercantil del cantón para culminar el proceso societario de domiciliación de la sucursal; posteriormente se debe obtener el número de expediente de la sucursal, su Registro Único de Contribuyente y la patente municipal del caso, para que así la sociedad pueda tributar.

2.2.3 Tratamiento competencial

Como se mencionó anteriormente, el modelo de negocio como tal de una sucursal, respecto de su casa matriz, infiere en una estrecha relación a nivel jurídico, administrativo y económico.

A decir de la autora Concepción López (2011) “las sucursales, por su naturaleza, tienen un local propio, mantienen inventarios y pueden o no llevar una contabilidad propia, que será integrada cada cierto tiempo a la de la casa matriz” lo cual nos permite entender que el registro financiero de la sucursal responde al de la casa matriz, solidificándose así la estrecha relación que las atañe.

Tan estrecha es la relación existente entre la sucursal y su casa matriz que, la normativa ecuatoriana ha previsto ciertas disposiciones para regular dicho vínculo.

La Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2004) dispone lo siguiente en el artículo innumerado después del artículo quince:

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

La finalidad del antedicho artículo es prevenir que entre partes relacionadas se den transacciones preferentes a fin de erosionar la base imponible ecuatoriana y, perjudicar al sistema recaudatorio nacional.

Ahora bien, es necesario citar el concepto de partes relacionadas, proferido por el Servicio de Rentas Internas (s.f.) en su página web:

“son partes relacionadas Aquellas en las que se participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra.

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

También si tienen transacciones con sociedades en Paraísos Fiscales, por proporción de transacciones o si los precios no se ajustan al principio de plena competencia.”

Cabe decir entonces que, la sucursal, al ser una entidad con personalidad y personería jurídica dependiente de las directrices de su casa matriz, conforme esta decida a quien nombrar como representante legal para contratar y obligar a la sucursal y/o para comparecer en juicio, son irremediabilmente consideradas como partes relacionadas.

Una vez detallado que una sucursal respecto de su casa matriz es considerada como parte relacionada, se entiende que éstas deben acogerse necesariamente al régimen de precios de transferencia a fin de comprobar si todas las transacciones que se realizan cumplen con el principio de plena competencia, es decir tal y como se realizaran con un tercero independiente, a fin de determinar que los vínculos o transacciones entre dichas entidades no están perjudicando al sistema recaudatorio nacional ni a la libre competencia.

Por lo expuesto, el Reglamento a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2010) dispone:

Art. 84.- Presentación de Información de operaciones con partes relacionadas.- Los sujetos pasivos del Impuesto a la Renta, que realicen operaciones con partes relacionadas, y no se encuentren exentos del régimen de precios de transferencia de conformidad con el artículo innumerado quinto agregado a partir del artículo 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno, de acuerdo al artículo correspondiente a la Ley de Régimen Tributario Interno, adicionalmente a su declaración anual de Impuesto a la Renta, presentarán al Servicio de Rentas Internas el Informe Integral de Precios de Transferencia y los anexos que mediante Resolución General el SRI establezca, referente a sus transacciones con estas partes, en un plazo no mayor a dos meses a la fecha de exigibilidad de la declaración del impuesto a la renta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo correspondiente en este reglamento.

[...]

Es evidente entonces que, la administración tributaria supervisa de vasta forma las transacciones realizadas entre partes relacionadas a fin de evitar cualquier anomalía que pueda causar una menor recaudación para el Estado.

Es pertinente mencionar a su vez que, el contribuyente puede solicitar a la administración tributaria una guía respecto a la metodología a aplicar para su determinación de precios de transferencia, conforme lo evidencia la Ley Orgánica del régimen Tributario Interno (2004) en el artículo innumerado tercero después de la sección segunda referente a los precios de transferencia:

“**Art.** (...) - La metodología utilizada para la determinación de precios de transferencia podrá ser consultada por los contribuyentes, presentando toda la información, datos y documentación necesarios para la emisión de la absolución correspondiente, la misma que en tal caso tendrá el carácter de vinculante para el ejercicio fiscal en curso, el anterior y los tres siguientes. La consulta será absuelta por el Director General del Servicio de Rentas Internas, teniendo para tal efecto un plazo de dos años.”

Por cuanto podemos referirnos al artículo *ibídem*, se evidencia como la respuesta por parte de la administración tributaria respecto a la metodología a aplicar se vuelve vinculante no solo para el ejercicio fiscal en curso y para lo venidero sino también para el ejercicio fiscal anterior, lo cual nos permite ver cómo una vez más la voluntad recaudadora del Servicio de Rentas Internas no obedece el principio constitucional de irretroactividad, por cuanto se puede beneficiar en detrimento de los derechos de los contribuyentes

2.3 Concepto de partes relacionadas

Para el autor Juan Carlos Cubas (2013), “el concepto de partes relacionadas se da cuando existen transacciones entre compañías vinculadas, sea por su capital o, por sus dirigentes o, representantes.” Lo cual nos permite entender que el tratamiento entre dichas partes se da únicamente cuando existe un vínculo transaccional entre ambas, caso contrario, pese a tener vinculación, no habría la necesidad de fiscalizar sus operaciones.

Como se mencionó anteriormente, el Servicio de Rentas Internas provee un concepto de partes relacionadas, sin embargo nuestra legislación ahonda más

en el tema, conforme se desprende de lo mencionado por la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2004):

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

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

1) La sociedad matriz y sus sociedades filiales, subsidiarias o establecimientos permanentes.

[...]

Así mismo, la Administración Tributaria podrá establecer partes relacionadas por presunción cuando las transacciones que se realicen no se ajusten al principio de plena competencia. Podrá considerar también partes relacionadas por presunción a los sujetos pasivos y a la persona natural, sociedad, o grupo económico con quien realice ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, en los porcentajes definidos en el Reglamento.

[...]

Como se expresa anteriormente y dentro del estudio que nos atañe, podemos ver que las sucursales son consideradas taxativamente por la ley, como partes relacionadas respecto a su casa matriz, debido a que la relación que las asocia

es tan profunda que tanto la economía, directrices y la existencia de la sucursal depende en su totalidad de los lineamientos establecidos por su casa matriz.

Para lo cual, en caso de existir futuras transacciones estas deben ser reportadas una por una a la administración tributaria, lo cual no facilita el dinamismo que el mercado necesita puesto que en muchas ocasiones las transacciones entre sucursal y casa matriz deben ser rápidas, a fin de cubrir los requerimientos del mercado y no detenerse para cumplir formalismos burocráticos que no incentivan a la economía sino a la mayor recaudación.

Corroborando con lo expuesto, el Reglamento a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2010) dispone:

Art.4.- Partes relacionadas.- Con el objeto de establecer partes relacionadas, a más de las referidas en la Ley, la Administración Tributaria con el fin de establecer algún tipo de vinculación por porcentaje de capital o proporción de transacciones, tomará en cuenta, entre otros, los siguientes casos:

1. Cuando una persona natural o sociedad sea titular directa o indirectamente del 25% o más del capital social o de fondos propios en otra sociedad.
2. Las sociedades en las cuales los mismos socios, accionistas o sus cónyuges, o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, participen directa o indirectamente en al menos el 25% del capital social o de los fondos propios o mantengan transacciones comerciales, presten servicios o estén en relación de dependencia.
3. Cuando una persona natural o sociedad sea titular directa o indirectamente del 25% o más del capital social o de los fondos propios en dos o más sociedades.

[...]

En observancia a lo expuesto, nuestra legislación es sumamente rígida y extensa al momento de establecer el vínculo entre partes relacionadas, tanto así que esto puede llegar a ser presumido conforme lo detallado en líneas anteriores, lo que afecta al principio de seguridad jurídica.

Es pertinente destacar que el principio de plena competencia va de la mano con el concepto de partes relacionadas, por lo cual traemos a colación lo expuesto por la tratadista Martha Luisa Puente (2010):

“Este principio se basa en la consideración de que cada una de las empresas del grupo fueran independientes, lo cual, las obligaría a encontrar los mejores precios para comprar y vender, esto lleva a la obtención de una utilidad similar a las que generan las empresas independientes que se basan en las fuerzas del mercado y, no por condiciones de manejo del grupo multinacional.

Para que se dé el principio de plena competencia (*Arm's Length*) se requiere de dos aspectos importantes y esenciales que son: un análisis de comparabilidad y la aplicación de la metodología”

A groso modo podemos entender entonces que, el principio de plena competencia busca que las transacciones que se realizan entre partes relacionadas cumplan con los mismos requisitos que si se hicieran entre partes independientes, ello para un mayor dinamismo en la economía y evitar erosionar la base fiscal.

De igual manera, la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno (2004) manda:

Art. (...).- Principio de plena competencia.- Para efectos tributarios se entiende por principio de plena competencia aquel por el cual, cuando se establezcan o impongan condiciones entre partes relacionadas en sus transacciones comerciales o financieras, que difieran de las que se hubieren estipulado con o entre partes independientes, las utilidades que hubieren sido obtenidas por una de las partes de no existir dichas condiciones pero que, por razón de la aplicación de esas condiciones no fueron obtenidas, serán sometidas a imposición.

En virtud de lo expuesto en los epígrafes anteriores, se debe hacer hincapié en que el tratamiento entre partes relacionadas se gatilla una vez efectuada una transacción entre sociedades y/o personas vinculadas entre sí, por cuanto se debe comprobar que dichas operaciones han cumplido con los parámetros del principio de plena competencia a fin de evidenciar si dichas transacciones se han ejecutado como si se hubiesen realizado entre partes independientes; sin embargo el problema radica en la facultad presuntiva del Servicio de Rentas Internas, en donde una transacción con una parte independiente bajo parámetros de confianza o rentabilidad que demanda el mercado, puede convertirse en una presunción de no cumplimiento de las obligaciones entre partes relacionadas y, acarreará sanciones pecuniarias para dicho operador económico, pero que a la larga afectan a la confianza estatal y a la seguridad jurídica nacional, generado así una afección latente en el sistema económico ecuatoriano.

Los contenidos sobre domiciliación de compañías extranjeras desarrollados en este capítulo se vinculan con la materia tributaria en cuanto a los problemas de subcapitalización, que serán abordados en el siguiente capítulo.

3. Capítulo III: Afección generada por la aplicación estatal de las normas de subcapitalización

3.1 Impacto Societario

3.1.1 Afección a sucursales domiciliadas en el país

A lo largo de este documento se ha evidenciado que, las sucursales domiciliadas en el Ecuador obtienen un tratamiento desfavorable respecto del resto de sociedades comerciales.

A decir del autor Rafael Lafont (2014):

“Al cotejar los beneficios de una sucursal versus una subsidiaria es evidente que la sucursal recibe un trato poco preferencial, ya que no puede acogerse a los beneficios a los que si puede acceder una subsidiaria en virtud de simples factores como la residencia fiscal, lo cual se ve reflejado al momento de la distribución de dividendos en donde una sucursal puede llegar a pagar varios impuestos sobre un mismo concepto, sea a nivel nacional o internacional”.

Lo expuesto se alinea con lo que dispone nuestra normativa tributaria puesto que, una sucursal no es considerada como residente fiscal en el Ecuador, y por lo cual no puede acogerse a beneficios que las compañías subsidiarias o filiales si pueden, lo que lleva a este modelo de negocio como tal a verse en una especie de limbo en donde no tiene domicilio tributario y puede llegar a pagar incluso más que una sociedad residente.

Dentro del planteamiento societario es pertinente destacar que el simple hecho de domiciliar una sucursal es mucho más complejo que constituir una nueva sociedad en el Ecuador, puesto que puede tardar entre dos a cuatro meses, a diferencia de una constitución normal la cual puede llevar poco más de una semana, conforme el nuevo procedimiento de constitución simplificada.

Es evidente entonces que desde un inicio la normativa ecuatoriana establece un sinnúmero de trabas a la domiciliación de sucursales, casi como a manera de castigo, por algo que no tiene razón de ser.

Ahora es importante mencionar que el futuro de las sucursales que se encuentran actualmente domiciliadas en el Ecuador, es un tanto adverso, puesto que pese a ya haber finalizado el arduo proceso de domiciliación y encontrarse muchas de ellas en operaciones, su tratamiento para efectos societarios y tributarios siempre será desfavorable a comparación que el que se les otorga a las compañías constituidas al tenor de la normativa nacional.

Cabe cuestionarse entonces cuánto tiempo más las sucursales serán consideradas como un modelo de negocio rentable para sus respectivas casas matrices si, la normativa nacional las coloca en una especie de encrucijada en la cual no poseen residencia fiscal y no pueden acogerse a los beneficios de la misma, mas pese a ello tributan como cualquier otra sociedad en el Ecuador.

3.1.2 Pérdida de futuras inversiones

Dentro de los párrafos anteriores hemos realizado un minucioso análisis de la situación actual de la domiciliación de sucursales en el Ecuador y cuan afectado se encuentra este proceso, no solo por las formalidades y vicisitudes societarias sino por el obvio y desfavorable trato fiscal.

Entonces, es trascendental a su vez realizar un análisis respecto del porvenir de este modelo de negocio y, que puede suceder de conformidad a las peculiaridades que lo rigen en nuestro país.

El concepto de inversión extranjera posee dos ramificaciones, primero la inversión extranjera indirecta la cual radica en la cantidad de préstamos que puede realizar un país al exterior para que este dinero regrese más una tasa de interés; y la inversión extranjera directa la cual es la colocación de dinero durante un largo periodo en un determinado país.

Para nuestro estudio nos compete revisar la inversión extranjera directa, por lo cual la autora Marigela Ovañanos (s.f.) menciona:

“Inversión Extranjera Directa: ésta se lleva a cabo por particulares de otro país para iniciar, mantener o hacer crecer un negocio en nuestro país. Por ejemplo, es el dinero que entra de Alemania para instalar en México una planta que produzca cerveza.

La inversión extranjera directa, se divide a su vez en:

- Única o pura: cuando todo el dinero proviene del extranjero
- Mixta: cuando parte del dinero proviene de otro país, y parte del nuestro.”

De conformidad con lo detallado, es evidente entonces que el proceso de apertura de una sucursal en el Ecuador se encuentra catalogada dentro del grupo de las inversiones extranjeras directas; respecto a ello la tratadista Ane Garay (2013) dice:

“En la actualidad, los principales agentes de la Inversión Extranjera Directa (IED) son las EMPRESAS TRANSNACIONALES a través de las fusiones y adquisiciones transfronterizas, y no de la inversión en la construcción de nuevo tejido productivo. Y es que esas modalidades de inversión han llegado a constituir el 88% del total de la IED y consisten, en su mayoría, en fusiones de grandes empresas cuyo resultado es una cada vez mayor concentración del capital.”

De lo detallado por la autora se entiende entonces la importancia de la inversión extranjera directa en los países, puesto que más allá de motivar y solidificar sector de la industria nacional es uno de los motores de la economía de una país como tal.

La inversión extranjera es vital para un país, puesto que no solo genera una inyección de capital a la nación sino que crea una revitalización de productos y servicios relacionados con la fuente de inversión, puesto que atrae a la tecnología, mano de obra, servicios complementarios como asesoría legal etc.,

por cuanto no es solo una inversión sino que dicho rubro revitaliza y potencia otros sectores de mercado.

Para tal efecto el autor Hugo Martínez (2013) dice:

“Existen diversos efectos positivos de la IED sobre la economía como son: formación de capital, creación de empleos, competitividad empresarial, capacitación técnica, transferencia de tecnología, además de una gran red empresarial competitiva, por lo que los países receptores tienen que establecer políticas transparentes, que favorezcan la inversión, además de crear o fortalecer a las instituciones que se relacionen con esta materia.”

Por tanto, no es aventurado decir que la inversión extranjera, además de ser positiva per se, revitaliza sectores de la economía y genera un efecto repotenciador para varias partes del mercado y no solo para un tipo de industria.

Ahora bien, la aplicación de las normas de subcapitalización por parte de la administración tributaria han logrado repeler gran parte de la inversión extranjera directa del país puesto que ningún operador económico piensa en invertir en un lugar donde puede ser sancionado por transacciones que pueden responder a la dinámica del mercado, y no necesariamente se enmarcan en un parámetro de subcapitalización. Es por ello que es pertinente destacar de manera ejemplificativa, la información referente a las inversiones extranjeras directas en los años 2008 y 2009, emitida por el Banco Central Del Ecuador (s.f.):

Tabla 1. Inversión Extranjera Directa por Rama de Actividad Económica.

Rama de actividad económica / período	2008 1/	2009 1/
Agricultura, silvicultura, caza y pesca	20.496,3	52.321,2
Comercio	119.945,8	84.112,6
Construcción	49.352,2	(13.897,9)

Electricidad, gas y agua	(6.763,5)	3.008,0
Explotación de minas y canteras	244.114,6	5.802,5
Industria manufacturera	197.997,9	117.752,1
Servicios comunales, sociales y personales	13.493,6	18.268,2
Servicios prestados a las empresas	142.259,2	(23.644,0)
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	276.080,9	64.238,2
TOTAL	1.056.977,0	307.960,9

Tomado del *Banco Central del Ecuador*. (s.f.) Recuperado el 22 de diciembre de 2015

El cuadro anterior se expone como información de los años 2008 y 2009 en virtud de que la administración tributaria realizó determinaciones sobre subcapitalización con sustento en el principio de “esencia sobre la forma” contenida en el artículo 17 del Código Tributario.

Queda evidenciado entonces que la inversión extranjera directa sufrió un grave golpe entre el año 2008 y 2009, coincidentalmente años en los cuales se empezaron a realizar procesos de determinación por parte de la administración tributaria con la figura de la subcapitalización; es importante destacar que no es la única razón para la baja en la inversión extranjera, pero si ha sido un factor determinante.

Ergo, lo expuesto nos permite concluir que la inversión extranjera ha sido limitada a partir de la aplicación excesiva de las normas tributarias referentes a la subcapitalización, por cuanto es de vital importancia establecer un nuevo parámetro de aplicación de dichas normas a fin de revitalizar la inversión extranjera directa en el Ecuador.

3.2 Impacto tributario

3.2.1 Recaudación de impuestos

Conforme lo establecido en la Enciclopedia Financiera (s.f.) “La recaudación fiscal mide la cantidad total de dinero que se consigue con los impuestos y, que será la parte fundamental con la que deberá financiarse los servicios públicos que presta el estado”

Sin lugar a dudas el concepto mencionado en líneas precedentes nos permite comprender de primera mano que, la finalidad de la recaudación fiscal es obtener recursos de los contribuyentes para financiar proyectos públicos, el aparataje estatal y demás obras que benefician a todas las personas que coexisten en un mismo territorio.

Ahora bien, a fin de que exista una buena recaudación fiscal primero deben existir los contribuyentes que generen réditos, mediante hechos generadores para así aplicar una tarifa base sobre dichos excedentes y recaudar los impuestos del caso.

Sin embargo a nivel recaudatorio existe un fenómeno muy particular en el cual la motivación empresarial de generar ingresos y la recaudación fiscal son directamente proporcionales hasta cierto punto; superado ese punto la relación entre dichos caracteres se convierte en indirectamente proporcional.

La Enciclopedia Financiera establece que (s.f.) “debemos introducir que una subida de impuestos no significa necesariamente una mayor recaudación fiscal, ni tampoco una bajada de impuestos una menor recaudación.”

En concordancia con lo expuesto, respecto a la proporcionalidad de la recaudación, el texto *ibídem* (s.f.) trae a colación la siguiente explicación conforme la curva de Laffer:

“La curva de Laffer es una representación gráfica de cómo afecta la variación del tipo impositivo (10%, 20%, 30%,...) en la cantidad total de recaudación fiscal de un impuesto.

Pese a que una primera aproximación haría pensar que a mayor tipo impositivo debería llevarnos a una mayor recaudación, analizando en detalle cada caso, la realidad en un mundo global, nos lleva a que esto no es así, por ejemplo:

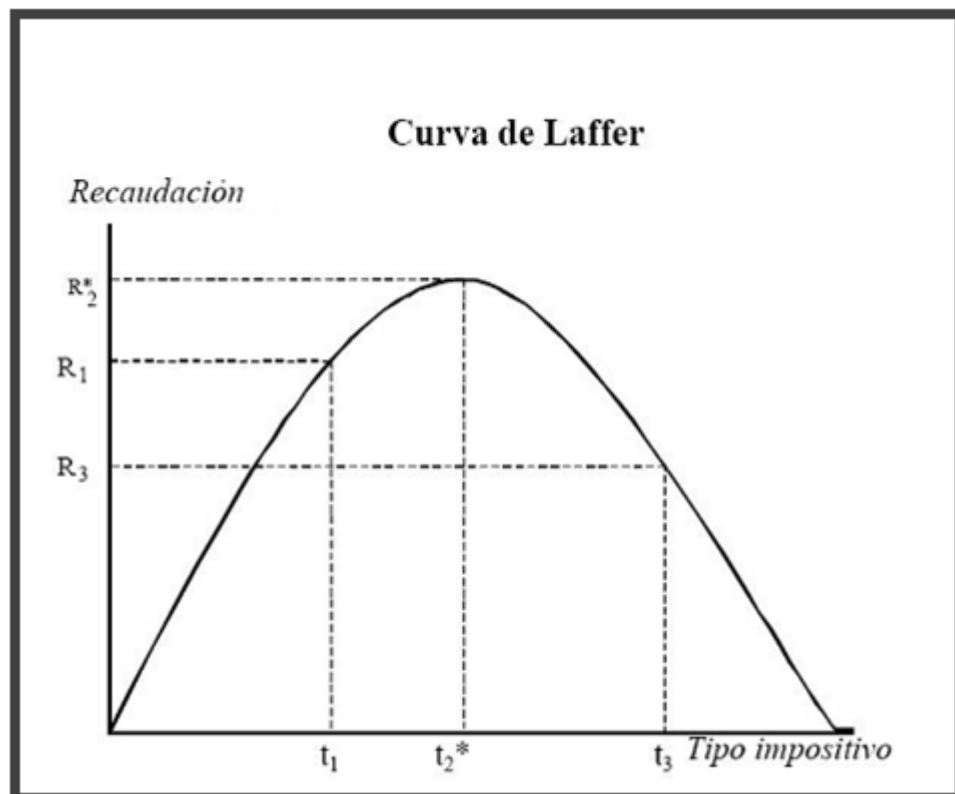


Figura 1. Tomado de Enciclopedia Financiera (s.f.).

Una subida excesiva del tipo impositivo sobre las rentas del trabajo desincentivaría a las personas a trabajar más y conseguir mejores sueldos. Igual al caso anterior es el caso de Sociedades mercantiles, un mayor tipo impositivo puede suponer un desincentivo a su actividad.

Una subida de las rentas del capital incentivaría a que las personas con elevados patrimonios se trasladen a otro país donde estas rentas tengan una tributación menor.

Una subida del Impuesto sobre el consumo (IVA) puede reducir el consumo e incluso en aquellos casos que le sea posible consumirá en otros países con menor tributación.

Además de todo lo anterior una subida de impuestos incentivará la economía sumergida y el fraude.”

Posterior a lo citado, es pertinente acoplarlo a nuestro caso en específico, en donde de primera mano vemos como las glosas emitidas por subcapitalización en contra de los contribuyentes, eleva el tipo impositivo *per se* logrando que las sucursales tributen más de lo que la ley manda.

Al tributar más de lo que la ley establece para las sucursales, se convierte en un desincentivo en su actividad económica, lo cual resulta en una menor productividad, y por ende menor producción de réditos económicos, pudiendo llevar a que las casas matrices de las sucursales consideren que ya no es rentable una oficina permanente en el Ecuador, lo cual puede conducir a la cancelación de operaciones de la misma.

La cancelación de operaciones por parte de una sucursal podría acarrear consecuencias graves para la economía nacional, como la fuga de capital, la pérdida de empleos por parte de los trabajadores y la desconfianza a nivel internacional generada a partir de dicho acto; luego, la posibilidad de invertir en un país donde se castiga la relación comercial entre sucursal y su casa matriz, se desincentiva.

De igual manera se demuestra como el aumento de impuestos genera un efecto dominó, no solo para la economía de las sociedades sino también para las personas naturales que las dirigen puesto que, nadie quisiera verse vinculado en uno de estos casos, por lo cual optarán por retirar los capitales del sistema bancario nacional para enviarlos a otras jurisdicciones donde hay menor imposición, o por lo menos mayor seguridad jurídica y menos inestabilidad tributaria.

Y finalmente, esto podría generar un efecto adverso, causando que las personas naturales y/o jurídicas busquen formas elusivas o fraudulentas de evadir los impuestos del caso, generando una mayor fuga de capital e impidiendo que exista una circulación de dinero por la economía.

Es pertinente entonces hacer hincapié en que, la aplicación errónea de las normas de subcapitalización por parte de la administración tributaria no solo termina generando una menor recaudación a nivel estatal, sino que afecta a toda la economía nacional.

3.2.2 Inaplicabilidad de incentivos tributarios

Como se ha evidenciado a lo largo de este trabajo, la aplicación de las normas relativas a la subcapitalización, generan varios impactos en la economía y en los operadores económicos del Ecuador.

Dentro de los impactos producidos por la errónea aplicación de las antedichas normas, existen un grupo que se producen *ipso facto*, como es la pérdida de liquidez por parte de una sucursal puesto que debe cubrir las glosas determinadas por la Administración Tributaria.

Sin embargo existen otros impactos que se ven materializados a largo plazo, como la falta de confianza en el país, la disminución en la inversión extranjera, la desvalorización de la seguridad jurídica nacional y, la imposibilidad del acogimiento a incentivos y beneficios tributarios por parte de los operadores económicos a nivel nacional.

Para tal efecto el Servicio de Rentas Internas (s.f.) define los siguientes términos:

“Los incentivos tributarios son medidas legales que suponen la exoneración o una minoración del impuesto a pagar y cuya finalidad es promover determinados objetivos relacionados con políticas productivas como inversiones, generación de empleo estable y de calidad, priorizar la

producción nacional y determinados consumos, contención de precios finales, etc.

Los beneficios tributarios son medidas legales que suponen la exoneración o una minoración del impuesto a pagar y cuya finalidad es dispensar un trato más favorable a determinados contribuyentes (causas subjetivas) o consumos (causas objetivas). Esta discriminación positiva se fundamenta en razones de interés público, equidad y justicia social.

A veces, una misma medida puede contener ambas finalidades (incentivo + beneficio)”

El SRI logra hacer una distinción entre los beneficios e incentivos tributarios, siendo el último concepto aquel que nos atañe puesto que es una medida legal de exoneración o minoración, cuyo objetivo corresponde a promover políticas públicas como la inversión, desarrollo y generación de empleo, lo cual termina por beneficiar a todo el país y no solo a un sector de la industria.

En concordancia con lo expuesto, los objetivos de la política fiscal nacional determinados en la Constitución de la República del Ecuador (2008) mandan lo siguiente respecto a la inversión:

“Sección segunda Política fiscal

Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

[...]

3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.”

Es pertinente señalar entonces que los incentivos que se generan en el país deben cumplir con los parámetros establecidos en la política fiscal, y que a su vez tengan como finalidad apuntalar la inversión, sea privada como pública, en los distintos sectores de la económica.

A fin de materializar lo que se dispone en la política fiscal, la función legislativa de nuestro país ha emitido un cuerpo de normas destinado a fortalecer y regular el proceso productivo e inversiones, llamado el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010) el cual tiene como objeto lo siguiente:

“Art. 3.- Objeto.- El presente Código tiene por objeto regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir. Esta normativa busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza.”

Cabe señalar que dentro del antedicho artículo se establece a la inversión productiva como uno de los objetivos del Código en mención, lo cual nos permite comprender la importancia de este aspecto y, cómo se plasma este concepto en el ámbito formal.

A fin de profundizar en el desarrollo y promoción de inversiones productivas el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (2010) dice lo siguiente:

“Art. 4.- Fines.- La presente legislación tiene, como principales, los siguientes fines:

[...]

g. Incentivar y regular todas las formas de inversión privada en actividades productivas y de servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables;

h. Regular la inversión productiva en sectores estratégicos de la economía, de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo;”

A más del objeto señalado en líneas anteriores, el Código ibídem se encarga de establecer una prioridad respecto a las inversiones, debido a que estas generan un sinnúmero de beneficios al país, no solo en la industria en la que se hace dicha inversión sino también en sectores conexos.

Es por ello que se busca fomentar la inversión en actividades productivas que generen un flujo de capital, desarrollo humano y económico.

Una de las estrategias a fin de motivar la inversión son los incentivos tributarios, en donde se garantizan ciertas peculiaridades como estabilidad tributaria, exoneración o una minoración de impuestos a fin de que la inversión sea más atractiva para quien va a realizar la financiación.

“Art. 24.- Clasificación de los incentivos.- Los incentivos fiscales que se establecen en este código son de tres clases:

1. Generales: De aplicación para las inversiones que se ejecuten en cualquier parte del territorio nacional. Consisten en los siguientes:
 - a. La reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta;
 - b. Los que se establecen para las zonas económicas de desarrollo especial, siempre y cuando dichas zonas cumplan con los criterios para su conformación;
 - c. Las deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta, como mecanismos para incentivar la mejora de productividad, innovación y para la producción eco-eficiente;
 - d. Los beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores;
 - e. Las facilidades de pago en tributos al comercio exterior;
 - f. La deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación

- adicional para el pago del salario digno;
- g. La exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo;
- h. La exoneración del anticipo al impuesto a la renta por cinco años para toda inversión nueva; e,
- i. La reforma al cálculo del anticipo del impuesto a la renta.

2. Sectoriales y para el desarrollo regional equitativo: Para los sectores que contribuyan al cambio a la matriz energética, a la sustitución estratégica de importaciones, al fomento de las exportaciones, así como para el desarrollo rural de todo el país, y las zonas urbanas según se especifican en la disposición reformativa segunda (2.2), se reconoce la exoneración total del impuesto a la renta por cinco años a las inversiones nuevas que se desarrollen en estos sectores, la exoneración prevista para industrias básicas y la deducción del 100% adicional del costo o gasto de depreciación anual, de conformidad con la ley.

[...]

4. Para proyectos públicos ejecutados en asociación público-privada: Las inversiones que se realicen en el contexto de la ejecución de proyectos públicos en la modalidad de asociación público-privada podrán obtener las exenciones al impuesto a la renta, al impuesto a la salida de divisas, a los tributos al comercio exterior y más beneficios previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno para este tipo de proyectos públicos de conformidad con los requisitos previstos en los capítulos II y III de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera.”

Los incentivos detallados anteriormente son los que nos competen dentro de nuestro estudio ya que, son por un lado los generales es decir, aplicables a toda inversión productiva, los sectoriales y los que se efectúan para proyectos públicos.

Pese a que nuestra legislación prevé incentivos y beneficios de orden tributario para los operadores económicos a fin de promover la inversión en el Ecuador, esto se encuentra desarrollado únicamente en el sentido formal mas no en el material, debido a que estas prebendas que llaman a la inversión se encuentran desarrolladas y distinguidas plenamente en la normativa (formal); más sin embargo, la dificultad o incluso imposibilidad de hacerlas efectivas (material) es lo que termina por anular todo lo que la norma prevé.

Hablando dentro de los incentivos generales, es pertinente cuestionarse cuan real es el beneficio que se extiende de la reducción de la base imponible o de la exoneración del impuesto a la salida de divisas, cuando por otro lado el SRI determina valores a pagar por concepto de supuestos actos de subcapitalización

De igual manera el numeral dos del artículo que antecede a este epígrafe no es claro en su redacción, ya que concede incentivos tributarios a los sectores que contribuyan al cambio a la matriz energética, sin tomar en consideración que pueden ser un sinnúmero de sectores y subsectores los que pueden proporcionar ayuda al cambio de la matriz productiva, efecto para el cual primeramente habría que demostrarle a la entidad recaudadora la ayuda proporcionada a fin de que esta decida si un contribuyente puede acogerse o no a los incentivos tributarios; posicionando una vez más a la administración tributaria por encima de la ley.

Finalmente, el numeral cuatro es de trascendencia puesto que, por un lado el estado otorga supuestos incentivos a quienes desarrollen proyectos de interés nacional consigo, en una alianza pública-privada; sin embargo estos incentivos se ven sesgados cuando la administración tributaria determina valores a pagar por ciertas preferencias o requerimientos detallados en la misma alianza; tal es el caso del aumento de capital por parte de la subsidiaria OCP, solicitado por el estado para ejecutar el proyecto de construcción del oleoducto de crudo pesados, el mismo que fue sancionado por el SRI debido a una presunta subcapitalización.

Podemos decir que son algunos factores los que impiden la aplicabilidad de dichas normas de forma efectiva, pero dentro del estudio que nos atañe es pertinente mencionar que una vez más, la errónea aplicación de las normas de subcapitalización por parte de la administración tributaria logran omitir la intención del legislativo, limitando la inversión extranjera y sancionando a los pocos operadores que financian proyectos en el Ecuador.

3.3 Seguridad Jurídica

3.3.1 Normativa Vigente

Como se ha desarrollado a lo largo de este documento, la subcapitalización es un concepto que tiene ya algunos años de tratamiento en la normativa ecuatoriana, pero no es sino hasta el año 2010 que este concepto adquiere relevancia, no solo por la adecuación que se hace a la norma sino por la cantidad de actas de determinación emitidas por el Servicio de Rentas Internas, fundadas en este concepto.

Es pertinente detallar que con anterioridad al año 2010, la normativa ecuatoriana ya preveía que para efectos de límites a la deducibilidad de intereses en los créditos entre partes relacionadas se debía observar los límites fijados por el Banco Central del Ecuador, siempre que dichos créditos se encuentren debidamente registrados.

Podemos entender entonces que antes del año 2010 ya se regulaba a la subcapitalización en el Ecuador, en los términos descritos, por cuanto no es un concepto nuevo.

Ahora bien, a partir del año 2010 este concepto empieza a ganar fuerza debido a tres aristas fundamentales; primeramente por la política fiscal y tributaria

detallada en la constitución del 2008 que apuntala la recaudación tributaria; segundo debido a la emisión de glosas por parte del SRI a partir del mismo año, en la cual se usaba una norma interpretativa como justificativo de dicho acto; y, finalmente debido a la reforma a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno en la que se establece el parámetro de *ratios fijos* para la deducibilidad de intereses en los créditos contraídos entre partes relacionadas.

Conforme lo expuesto, la constitución del 2008 modificó muchos lineamientos y parámetros a nivel normativo, dentro de los más importantes el aspecto tributario, debido a que se le dio un énfasis mucho más amplio que en la constitución precedente.

En virtud de ello la Constitución de la República del Ecuador (2008) prevé lo siguiente:

“Sección segunda Política fiscal

Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.
3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.”

Conforme lo expuesto, la normativa *ibídem* le da una finalidad sustancial a los tributos señalando así que, su recaudación es de vasta importancia.

De igual manera nuestra Constitución (2008) detalla como régimen tributario lo siguiente:

“Sección quinta Régimen tributario

Art. 300.- El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad,

equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.”

A más de establecer otras finalidades para la recaudación tributaria se enumeran los principios que enmarcan al régimen tributario, dentro de los cuales se encuentra la suficiencia recaudatoria; ahora es cierto que los principios tienen la misma jerarquía pero, conforme se ha mencionado a lo largo de este texto, el estado ha optado por superponer a la suficiencia recaudatoria por sobre el resto de los principios a fin de garantizar para sí una mejor recaudación tributaria, sin importar que se realice en detrimento de otros principios.

Queda claro entonces que la Constitución se ha encargado de fortalecer el aspecto tributario a nivel nacional, lo cual ha permitido que se endurezca el tratamiento administrativo y jurídico del caso.

En base al régimen tributario y política fiscal mencionados anteriormente, el Servicio de Rentas Internas empezó a apuntalar su capacidad recaudatoria, por cuanto se empezaron a emitir un sinnúmero de actas de determinación, por algunos conceptos, pero dentro de los más importantes por subcapitalización.

En ese momento, pese a que el SRI contaba con el respaldo constitucional para endurecer su recaudación, las normas de menor jerarquía no facultaban este hecho mediante disposiciones mandatorias, por cuanto la administración tributaria optó que para alcanzar su objetivo justificando sus resoluciones en el ya mencionado principio esencia sobre la forma detallada en el Código Tributario (2005)

Como ya se explicó, el principio detallado anteriormente es una norma de carácter abierto, no mandatorio, por cuanto se debe mencionar que la

aplicación de esta norma por parte del SRI, a fin de emitir actas de determinación carece de toda pertinencia y se aleja de los parámetros de seguridad jurídica a nivel nacional, ya que se usa únicamente como justificativo, mas carece de un análisis profundo.

Ahora es pertinente mencionar la última arista, es decir la reforma la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, en el año 2010, la cual establece el tratamiento de *ratios fijos*, respecto de los créditos entre partes relacionadas, fijado en 3 a 1 respecto del patrimonio de la sociedad beneficiaria del crédito.

Pese a que por un momento este sistema sonaría óptimo, toda eficacia parece al momento en el que no se mira cada caso en específico, sino únicamente la superación del umbral, lo cual genera que este proceso no busque la verdad de las transacciones sino los números o cantidades de las mismas.

Conforme lo anteriormente expuesto, hemos visto como se trata a la subcapitalización en nuestro sistema normativo, para lo cual hemos podido apreciar que la subcapitalización estaba prevista en nuestras leyes incluso antes del año 2010, pero es a partir de este año que empieza a ganar fuerza debido a los replanteamientos constitucionales, apuntalados a su vez con la política interna del SRI y la aplicación de los parámetros de subcapitalización.

Por cuanto podemos decir que la aplicación de las normas de subcapitalización por parte del SRI se aleja de todo orden normativo y, de la seguridad jurídica que debe garantizar un país.

3.3.2 Postura del Servicio de Rentas Internas

El SRI actualmente mantiene una postura sumamente rígida en cuanto a la deducibilidad de gastos en créditos concedidos entre partes relacionadas, por cuanto ha llegado al punto casi de proscribirlos en su totalidad.

La entidad tributaria manifiesta sus posturas de un sin número de formas, pero lo hace principalmente de dos manera, dentro de los argumentos utilizados en

las actas de determinación y en las pretensiones o excepciones esgrimidas en procesos judiciales.

En observancia al párrafo anterior dentro del Acta de determinación No. 1720060100181 emitida por el Servicio de Rentas Internas (s.f.) se establece lo siguiente respecto a la subcapitalización:

“... cuando el financiamiento proviene de una compañía relacionada, constituye una provisión de fondos o aporte de capital que debe registrarse en la contabilidad como un aumento de capital y no como un préstamo que genere gastos por concepto de intereses; la Administración Tributaria no se opone a que la empresa vinculada ecuatoriana necesite y reciba un financiamiento de parte del grupo económico al que pertenece, la objeción del Servicio de Rentas Internas es que si el grupo económico inyecta liquidez a su empresa vinculada para el giro de sus operaciones, ese financiamiento debería hacérselo a través de los mecanismos societarios y contables normales, como un aumento de capital que incremente su patrimonio, lo cual será retribuido al grupo a través de los dividendos o utilidades que ésta produzca; Por lo expuesto El Servicio de Rentas Internas en ejercicio de sus funciones presuntivas alega que esto se da para que la base imponible sea menor y así evitar el pago del 25% de impuesto a la renta sobre las utilidades; ocurriendo una financiación entre sociedades vinculadas que da lugar a transferencias de bases imponibles hacia otras jurisdicciones fiscales, con la consiguiente pérdida recaudatoria para el Estado de la residencia de la sociedad prestataria, por lo expuesto la Administración Tributaria motiva su actuación en base al Art. 17 del Código Tributario que establece lo que doctrinariamente se conoce como el principio de la realidad económica o de prevalencia de la realidad económica sobre la forma”

De conformidad con lo expuesto es evidente que la posición de la Administración Tributaria es absolutamente cerrada, puesto que categoriza al préstamo entre partes relacionados como una inyección de capital sin siquiera analizar las peculiaridades del caso.

Adicionalmente, dentro de la contestación al Recurso de Casación 271-2010, ventilado ante la Corte Nacional de Justicia, el Servicio de Rentas Internas argumentó la siguiente excepción:

“... i) En uso de la facultad establecido en el artículo 17 de la Codificación del Código Tributario, se ha establecido que los montos registrados como préstamos son en realidad una "provisión de fondos"; ii) Las condiciones bajo las cuales la compañía AEC contrató con el Estado ecuatoriano y la normativa vigente no reconoce como gastos financieros aquellos provenientes de compañías relacionadas.”

Queda evidenciado entonces que la postura del SRI ante temas de subcapitalización se encuentra absolutamente cerrada ya que la proscriben, por cuanto no admite argumento en contrario.

A más de lo expuesto, la postura del SRI se encuentra amparada en el principio de esencia sobre la forma, dispuesto en el artículo 17 del Código Tributario, ya citado varias veces en este texto, el cual permite a la SRI que de forma presuntiva suponga cual es la verdad de las transacciones y emita actas de determinación al respecto

Sin embargo y en observancia a la jerarquía de las leyes establecida en el art 425 de nuestra carta magna, la postura del SRI parte desde la Constitución (2008), en donde los artículos referentes a la política fiscal y el régimen tributario, establecen las aristas sobre las cuales se erige la posición del SRI:

“Sección segunda Política fiscal

Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.

3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.”

“Sección quinta Régimen tributario

Art. 300.- El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

Es evidente entonces que la postura de la administración tributaria, fundamentada en los principios constitucionales pro-administración, en la política fiscal y en la capacidad de emitir glosas en base a simples presunciones, le da la posibilidad y las herramientas para mantener una posición que no admite la deducibilidad de gastos entre partes relacionadas y que por el contrario lo proscribiera.

3.3.3 Legislación comparada

A lo largo de este trabajo se ha mencionado que hay ciertos países que tienen más experiencia que el Ecuador en tanto al tema de la subcapitalización, ello en virtud de que su sector económico así lo demanda y que a su vez, sus legislaciones prevén normas para tratar a la subcapitalización, desde mucho antes que el Ecuador.

Conforme se ha mencionado en este documento, existen dos metodologías a fin de esclarecer si han existido procesos de subcapitalización, por un lado el parámetro de *ratios fijos* o también llamado método objetivo, en el cual se establece un monto máximo a la deducibilidad de intereses en los créditos entre partes relacionadas.

Y, por otro lado existe el método subjetivo el cual mira cada caso en específico a fin de determinar si han existido procesos de subcapitalización entre los operadores económicos vinculados, método el cual se considera más justo y

confiable que el método objetivo, pero pese a ello es un poco más complejo puesto que requiere más análisis y una mejor valoración de las pruebas. Para tal efecto el tratadista Patricio del Pozo (2013) dice:

“La encargada de realizar este examen será precisamente la administración tributaria del país en donde se origine; la doctrina a este método la reconoce más teórico pero de todos modos más equitativo pero tanto los costos, las pruebas y tiempo que conlleva revisar cada uno de los casos, dificultan la difusión.”

Para tal efecto es pertinente hacer un pequeño estudio de la metodología aplicable en otros países:

Venezuela

La subcapitalización en Venezuela tiene el tratamiento más drástico a nivel regional, puesto que para la deducibilidad de intereses en créditos contraídos entre partes relacionadas solo lo permite en la medida en que no supere al patrimonio social neto de la sociedad, es decir 1 a 1.

El caso venezolano es el más extremo a nivel regional puesto que existe en su normativa interna tolerancia limitada respecto a posibles esquemas de subcapitalización, con aplicación del sistema uno a uno. (Ley de Impuesto sobre la Renta 2014)

México

El caso mexicano se asemeja mucho a lo que sucede en el Ecuador, puesto que existe un parámetro de ratios fijos en el cual se establece una relación de 3 a 1 con el patrimonio de la compañía.

Para tal efecto la consultora multinacional Deloitte (s.f.) señala que “No son deducibles los intereses que deriven del monto de las deudas del contribuyente que excedan del triple de su capital contable, que provengan de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero”

Reino Unido

Por otra parte en el Reino Unido, se lleva a cabo la metodología subjetiva, en la que la administración tributaria realiza un estudio de las transacciones y de los contribuyentes, a fin de determinar si ha existido un proceso de subcapitalización o no.

En concordancia con lo expuesto el tratadista Antolín Fernández (2013) señala que “en el Reino Unido, las normas de subcapitalización se subsumen en la regulación de los precios de transferencia, por lo que podría afirmarse que carecen de una norma de subcapitalización específica.”

Lo detallado nos permite entender que el Reino Unido se rige bajo el principio del *Arm's Length* en el cual se mira cada caso en específico a fin de evitar distorsiones de mercado.

La metodología subjetiva reviste ciertas particularidades dentro de cada caso, por lo cual la tratadista Montserrat Sánchez (2014) menciona que lo más importante a observar en la metodología subjetiva es:

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

Conforme lo especificado en líneas anteriores, hemos observado que existen dos metodologías para esclarecer si existen procesos de subcapitalización, un método objetivo y más simple de aplicar y uno subjetivo, más complejo pero más justo a su vez pues no se conforma con tratar todos los casos por igual ya que, cada uno tiene sus peculiaridades que lo distingue; la verdad es que un estado no debe buscar simplicidad.

3.3.4 Pronunciamientos de la Corte Nacional de Justicia

A nivel nacional han existido un grupo de casos relevantes respecto al tema de la subcapitalización en donde se ha verificado, previo procesos periciales y legales, la veracidad tras las transacciones entre partes vinculadas.

Uno de los procesos emblema a nivel nacional es el caso OCP, el cual ha sido referencial no solo por su magnitud económica, sino también por las consecuencias, positivas y negativas que el caso conllevó.

En el año 2008, el SRI emitió diecinueve glosas en contra de la compañía OCP debido a presuntas irregularidades de índole tributaria, entre las cuales resaltaba un presunto proceso de subcapitalización entre la subsidiaria OCP en Ecuador y su casa matriz OCP Islas Caimán. Para tal efecto es pertinente citar un extracto del diario El Comercio (s.f.) que menciona:

“Según el director del SRI, Carlos Marx Carrasco, OCP Cayman le prestó a su subsidiaria en Ecuador USD 465 millones, cuyos intereses podían ser utilizados para la reducir el Impuesto a la Renta. Con esa figura, la empresa habría logrado evadir, solo en el 2003, alrededor de USD 7,3 millones, según el SRI. Carrasco argumentó que no se podía hacer esa deducción porque no hay una relación independiente entre el consorcio OCP Ecuador y OCP Cayman, ya que ambas firmas estaban conformadas por las mismas siete empresas petroleras. Carrasco también dijo que los intereses del “auto préstamo” eran “exorbitantes”, ya que inicialmente OCP Ecuador contrató USD 900 millones para la construcción del oleoducto con bancos alemanes al 4% mientras que el crédito de OCP Cayman llegaban al 18%. Con eso se buscaba aumentar el monto de deducción de

impuestos.”

Si bien el antedicho artículo nos ofrece una visión muy general de los hechos, con cierta inclinación a la opinión del entonces Director General del SRI, es pertinente detallar el preámbulo del caso.

OCP Ecuador comenzó sus operaciones en el Ecuador como una sucursal, a partir del año 2001; conforme se expuso en el capítulo anterior toda sucursal debe tener una cuenta de capital asignado no menor a dos mil dólares de los Estados Unidos de América, el cual era el caso de OCP.

En el año 2003 la compañía ganó una licitación a fin de construir un oleoducto desde el oriente ecuatoriano hasta el puerto de Esmeraldas, a fin de transportar de forma constante y segura el crudo nacional.

Conforme se mencionó anteriormente la compañía poseía una cuenta de capital asignado equivalente a dos mil dólares de los Estados Unidos de América, sin embargo una de las condiciones contractuales era que la compañía se convierta en subsidiaria y, eleve su capital a 55 millones de dólares de los estados Unidos de América a fin de poder responder al estado ecuatoriano en caso de alguna vicisitud.; ello en concordancia con lo expuesto en el portal web de la OCP (s.f.):

“se debe señalar que el capital social de la compañía de Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. es de USD 55 millones, monto muy superior al mínimo requerido por la Ley de Compañías. Este monto de capital social fue establecido de conformidad con el Decreto de Autorización 969 y así lo reconoce el Contrato de Autorización, que dispone, además, que este monto de capital social no podrá ser modificado sin la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas (hoy Ministerio de Recursos Naturales no Renovables). No existe obligación legal o contractual alguna para tener un capital social mayor.”

De igual manera la compañía estaba en la obligación de obtener los recursos necesarios para el proyecto, conforme se menciona en el portal *ibídem* (s.f.):

“Los compromisos contractuales de la compañía OCP Ecuador S.A. para con el Estado ecuatoriano bajo el Contrato de Autorización incluían la obligación de obtener, a costo y riesgo de la compañía y sin comprometer recursos públicos, el financiamiento necesario para llevar a cabo el proyecto. En cumplimiento de esta obligación, con el propósito de financiar un proyecto de esta magnitud, se recurrió a un modelo de “Project Finance”, que es un mecanismo de financiamiento utilizado a nivel mundial (ver recuadro). En consecuencia, OCP Ecuador S.A. obtuvo un préstamo de un sindicato de bancos privados internacionales, por un monto total de USD 900 millones de dólares (la “Deuda *Senior*”). Las condiciones contractuales de este financiamiento incluyen la limitación de incrementar la deuda de la compañía, salvo que esa deuda adicional se someta a determinadas condiciones de subordinación (principalmente que la deuda subordinada sólo sea pagadera, luego de que se cumpla con las obligaciones de la Deuda *Senior*).

Ante esas limitaciones, y con la necesidad de obtener financiamiento adicional para cumplir con las obligaciones asumidas para con el Estado ecuatoriano mediante el Contrato de Autorización, Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. obtuvo un préstamo de su accionista, la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ltd. por aproximadamente USD 443,7 millones de dólares (la “Deuda Subordinada”). El monto de este crédito externo fue destinado a la construcción del OCP y cumplió con todos los requerimientos legales.”

Queda claro entonces que conforme se desprendía del contrato entre el Estado ecuatoriano y la sociedad OCP, la responsabilidad corría por cuenta de esta y era por tal su obligación obtener el crédito necesario para la consecución del proyecto.

Se debe señalar que obtener un crédito de tales características fue complejo para la OCP, debido a la cantidad de dinero en juego, es por ello que el consorcio de bancos emisor de la deuda *senior* estableció limitaciones en la obtención de futuros créditos de la sociedad, a fin de garantizar para sí un pago preferente en caso de suscitarse algún dilema.

Posterior a ello fue sumamente complejo para la compañía obtener un crédito adicional por otra entidad financiera, es por ello que decidió solicitar a su casa matriz en Islas Caimán un crédito (subordinado) suficiente para cubrir el remanente que restaba para la consecución del proyecto, por lo cual dicha sociedad hizo un desembolso de 443,7 millones de dólares a su parte relacionada en Ecuador.

A partir de este punto surge el problema, puesto que la administración tributaria dice que ha existido un proceso de subcapitalización debido a que, el 18% pactado en los intereses del crédito entre la subsidiaria de Ecuador y su casa matriz, es superior a la tasa de interés activa referencial establecida por el Banco Central del Ecuador; y a su vez la sucursal jamás rindió las garantías suficientes a su casa matriz, tal y como si fuese una parte independiente para acceder al crédito en mención; por cuanto el SRI estima que han existido procesos de subcapitalización, emitió glosas al respecto.

Sin embargo la administración tributaria jamás observó todo lo detallado anteriormente, ya que nunca consideró que el endeudamiento para la realización del proyecto y aumento de capital fue una obligación contractual dispuesta por el Estado.

De igual manera OCP, si rindió garantías a su casa matriz para acceder al crédito, ello lo hizo mediante los contratos *ship or pay*³ en los cuales se accedía a un cupo para el uso del oleoducto por parte de las compañías petroleras, el mismo que debía ser pagado aunque no sea utilizado, siendo por tal una garantía sobre seguro.

En concordancia con lo expuesto Hexagon Consultores (s.f.) realizó un estudio sobre la utilización de los contratos *ship or pay* como garantía:

“Los contratos de transporte suscritos por OCP S.A. con sus usuarios (*Initial Shipper Transportation Agreement* o “ISTA”) contemplan un compromiso “*ship or pay*” (se paga una tarifa sobre cupo garantizado de transporte aun cuando no se utilice dicho cupo).

³ Tipo de contratación en la que puede o no prestarse el servicio, sin embargo el pago debe ser realizado.

[...]

OCP recibe de sus inversionistas-usuarios, recursos que alimentan su flujo de caja, ya sea que estos transporten crudo o no lo hagan. Este contrato conocido como “*Ship or Pay*” es la garantía de funcionamiento del ducto, tanto para OCP y sus financistas, como para el Estado.”

Lo expuesto nos permite entender que, los contratos *ship or pay* eran el motor económico de las relaciones existentes entre OCP y otras compañías, puesto que existía un pago aun pese a que no se usase el oleoducto.

Es por ello que al llevar este caso ante la honorable Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, se hace un estudio muy detallado de las condiciones contractuales y situaciones financieras, lo cual da como resultado que se desvanezca la glosa por subcapitalización, tal como se desprende de la sentencia número 497-2010 emitida por la Corte Nacional de Justicia (2013):

“La Administración Tributaria considera que existe “subcapitalización” por el análisis financiero de la Empresa, sin embargo la actora ha demostrado su capacidad de endeudamiento por los contratos tipo “*ship or pay*” suscritos con sus clientes, lo cual no está prohibido por nuestra legislación y que le permitió contratar un crédito por 900 millones de dólares con la banca privada internacional; 3) Demostró que ha pagado intereses sobre el préstamo vinculado y buena parte del capital, lo que desvanece la presunción de simulación; y, 4) Las retenciones en la fuente por concepto de impuesto a la renta cuyas tasas excedieron los máximos legales, demuestran el cumplimiento de una obligación tributaria material, prevista en la norma transcrita. En RECURSO No. 497-2010 11 conclusión, esta Sala Especializada observa que en este caso no es posible, como en otros, establecer hechos que constituyan prácticas elusivas, básicamente tomando en cuenta que el crédito subordinado nace como condición contractual impuesta por el mismo Estado Ecuatoriano. Por todo esto, se desvanece la presente glosa.-“

Tal como se demuestra anteriormente, la H. Sala realizó un estudio minucioso, develando que el hecho de que si existían intereses superiores en 3 a 1 respecto del patrimonio de la sociedad, fue por una obligación contractual determinada por el estado ecuatoriano, y que el crédito obtenido entre partes relacionadas se dio dentro de los parámetros de plena competencia, asegurado mediante una garantía referente a los contratos *ship or pay*. Lo cual demolió la presunción de que existían procesos de subcapitalización.

Por otra parte han existido casos ligeramente similares en los que si se han comprobado la existencia de procesos de subcapitalización, como el caso de Andes Petroleum mediante sentencia número 271-2010 emitida por la Corte Nacional de Justicia (2012):

“ para beneficiarse de la deducción de intereses y costos financieros provenientes de créditos externos, el contribuyente debe cumplir estrictamente con lo que establecen las leyes de la materia; para el efecto el Art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno vigente a la fecha establecía: “.- 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 intereses de créditos externos registrados en el Banco Central del Ecuador, siempre que no excedan de las tasas de interés máximas referenciales fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador a la fecha de registro de crédito o su novación. Si los intereses exceden de las tasas máximas fijadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, se deberá efectuar la retención correspondiente sobre el exceso para que dicho pago sea deducible. La falta de registro conforme las disposiciones emitidas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, determinará que no se puedan deducir los costos financieros del crédito”. El Tribunal A-quo en su sentencia ratifica que se trata de la figura de provisión de fondos entre empresas vinculadas y, al existir fallos emitidos por esta Sala respecto al principio de realidad económica en los que se ha considerado

además como principios rectores del sistema tributario y de los tributos en particular, el de legalidad, de reserva de ley, por el cual los elementos principales, gravitantes y 19 definidores de los tributos han de obrar de ley, principio que atañe a la forma y que es base a la seguridad jurídica; así como el de capacidad contributiva, por el cual se ha de gravar indicios de capacidad de pago, principio que es de carácter material y que conduce a que se haga prevalecer la sustancia sobre la forma, esta Sala Especializada considera que no ha existido aplicación indebida, no aplicación y equivocada aplicación de los artículos referidos ya que el Tribunal A quo al aplicar lo establecido en las leyes de la materia ha actuado conforme a derecho”

Como se evidencia en la sentencia en mención, la H. Sala de la Corte Nacional de Justicia, ratifica el fallo del Tribunal Distrital de lo Fiscal respecto a no admitir la deducibilidad de intereses en los créditos entre partes relacionadas, puesto que excedía la tasa activa referencial, no se demuestra la aportación de garantías y no existía razón de hacerlo ya que el contribuyente no alega la razón que motivó a que obtuviese un crédito con su parte relacionada, lo cual pese a sonar similar a lo suscitado en el caso OCP, es totalmente distinto.

Pese a lo señalado en el caso de la OCP, el proceso se revirtió en virtud de una acción extraordinaria de protección planteada por el Servicio de Rentas Internas, mediante sentencia número 132-13-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador (2013):

“Los jueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario actuaron fuera de sus competencias pues no se encontraban facultados para valorar la prueba aportada en instancia sino ya que dicha valoración es privativa de los juzgadores de instancia”

En virtud del párrafo en mención la Corte Constitucional del Ecuador declaró sin efecto la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia y ordeno retrotraer el proceso hasta el momento anterior al de dictar la sentencia a fin de que los jueces fallen acorde lo dispuesto en la Constitución.

Conforme se ha demostrado a lo largo de este análisis, el Ecuador ya posee decisiones judiciales respecto a casos de subcapitalización, las cuales pese a que en ocasiones se ven politizadas y resultan en sentencias injustas que conllevan a la expulsión de jueces de sus puestos por el simple hecho de fallar en contra de intereses políticos y económicos del momento, en otras ocasiones se realiza un proceso analítico y justo de cada caso en específico a fin de buscar la verdad tras las transacciones de los contribuyentes.

4. Conclusiones y recomendaciones

4.1 Conclusiones

Conforme la investigación realizada se ha logrado definir el concepto de subcapitalización, esclareciendo a su vez a la metodología objetiva como el sistema oficial a nivel nacional, a fin de comprobar la existencia de este fenómeno.

Se pudieron identificar los principios pertenecientes al régimen tributario que, poseen una relación más estrecha respecto a la subcapitalización y, como la administración tributaria superpone a la suficiencia recaudatoria respecto de los otros principios.

Se logró analizar la política fiscal ecuatoriana conforme los parámetros establecidos en nuestra Constitución y, se demostró que los incentivos que dicha política apuntala se encuentran detallados de manera formal en nuestra legislación más sin embargo es casi imposible llevarlos a un plano material debido a la errónea aplicación de las normas por parte de la administración tributaria.

Se definió claramente el concepto de una sucursal, siendo esta una extensión de la oficina central en otro territorio, la misma que depende en su totalidad de su casa matriz. A su vez se especificó el proceso de domiciliación y se demostraron las distintas trabas administrativas y jurídicas que tiene al momento de realizar el proceso.

Detallamos el tratamiento tributario, societario y competencial que sufren las sucursales, y cómo esto afecta a dicho modelo de negocio en específico, castigando a las sociedades que operan bajo dicha figura y alejando futuras inversiones.

El régimen de domiciliación que prevé el ordenamiento jurídico, es un obstáculo para que la sociedad domiciliada acceda al mismo tratamiento tributario que tienen las sociedades constituidas en el país.

Realizamos un análisis comparativo respecto de otras jurisdicciones y las diferencias existentes entre la metodología objetiva y subjetiva, a fin de determinar si han existido procesos de subcapitalización.

Determinamos el estrecho vínculo que atañe a la subcapitalización y al principio de plena competencia aplicable entre partes relacionadas.

Demostramos una baja en la inversión extranjera a partir de que la administración tributaria empezó a emitir actas de determinación en virtud de presuntos procesos de subcapitalización.

Conforme lo expuesto en la curva de Laffer, pudimos determinar que un alza en los impuestos puede resultar negativo para la economía nacional puesto que ahuyenta la inversión extranjera y fomenta las prácticas elusivas.

Comprobamos una clara existencia de inseguridad jurídica a nivel nacional, proveniente de una disputa entre una mayor recaudación versus los incentivos a la inversión propugnados por el gobierno nacional.

Detallamos categóricamente que no es pertinente la aplicación del principio de “esencia sobre la forma” consagrado en el Art. 17 del Código Tributario respecto de los procesos de subcapitalización, pues esta es una norma interpretativa y no mandatoria y lo único que genera es proporcionar una herramienta de persecución económica y jurídica a la administración tributaria, ya que se utiliza a manera de justificación.

Finalmente concluimos que la aplicación de las normas de subcapitalización por parte de la administración tributaria constituyen un desincentivo a la inversión extranjera internacional situada actualmente en el país y se posiciona a manera de espada de Damocles por sobre futuras inversiones extranjeras.

4.2 Recomendaciones

Recomendamos realizar un cambio en la normativa tributaria en materia de subcapitalización, a fin de poseer una metodología subjetiva, que obligue a la administración tributaria a observar las peculiaridades de cada caso y no simplemente guiarse por la superación de umbrales o por meras conjeturas.

Sugerimos realizar un cambio en la normativa societaria, a fin de reconocer a las sucursales como residentes fiscales en el Ecuador a fin de evitar fuga de capital y promover la inversión extranjera, logrando así que este tipo de sociedades pueda acogerse a beneficios tributarios que actualmente solo los pueden obtener las sociedades con domicilio tributario en el Ecuador.

Se recomienda revisar la normativa que regula el proceso de domiciliación de sociedades extranjeras en el país a fin de que puedan acceder, en igualdad de condiciones de las sociedades constituidas, al mismo régimen tributario.

Se precisa corregir el actuar de la administración tributaria para que su obrar se dé a la luz de la política fiscal y los incentivos que ésta propugna, para así llevarlos de lo formal a lo material.

Creemos pertinente una reforma a la normativa societaria, a fin de simplificar el proceso de domiciliación de sucursales, atrayendo así a la inversión extranjera y dándole dinamismo al mercado.

Encontramos importante detallar a la administración tributaria que los principios constitucionales son de igual jerarquía y que no puede superponerse a uno en detrimento de otros.

Se recomienda a la administración tributaria realizar un estudio del impacto económico a futuro de la imposición de glosas por subcapitalización.

Finalmente, sugerimos la proscripción del uso de normas abiertas, o de carácter interpretativo por parte de la administración tributaria a fin de emitir actas de determinación respecto a la actividad económica de los contribuyentes; porque se vulnera sus derechos y genera inseguridad jurídica.

Referencias

- Banco Central del Ecuador.* (s.f.). Inversión Extranjera Directa por Rama de Actividad Económica. Recuperado el 22 de diciembre de 2015 de <http://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/298-inversi%C3%B3n-extranjera-directa>.
- biblio.juridicas.unam.mx.*(s.f.) *Transparencia Tributaria* Recuperado el 16 de noviembre de 2015 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2861/9.pdf>.
- Blacio, R. (2010). *Principios y obligación Tributaria*. Recuperado el 14 de noviembre de 2015 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho-tributario/2010/01/12/principios-y-obligacion-tributaria>.
- Bustos, J. y Vivar A. (2014) *La subcapitalización en el Ecuador ¿evasión, elusión o abuso del derecho?* recuperado el 09 de noviembre de 2015 de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2014_15.pdf.
- Cabanellas, G. (1981) *Diccionario Enciclopédico del Derecho Usual*, Buenos Aires, Argentina, Heliasta.
- Código Civil.* (2005). Registro Oficial suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial.* (2009). Registro Oficial Suplemento 544 del 09 de marzo de 2009.
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.* (2010). Suplemento del Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010.
- Código Tributario,* (2005). *Registro Oficial Suplemento 38 de 14 de junio de 2005.*

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

Corte Constitucional del Ecuador. (2013). Recurso extraordinario de protección No. 132-13-SEP-CC. 26 de diciembre de 2013.

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2012). Recurso de casación No. 271-2010. 01 de agosto de 2012.

Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Tributario (2013). Recurso de casación No. 497-2010. 12 de septiembre de 2013.

Cubas, J. (2013). *Partes relacionadas ¿Cómo identificarlas?* Recuperado el 09 de diciembre de 2015 de <http://www.ccpm.org.mx/avisos/82-86partes.pdf>.

Deloitte. (s.f.) en Fión R. (2013). En *Comparación de normas de subcapitalización en América Latina*. Recuperado el 08 de enero de 2016 de [file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario-PC/Mis%20documentos/Downloads/130121_Ensayo_Regimenes_Sectoriales%20\(2\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario-PC/Mis%20documentos/Downloads/130121_Ensayo_Regimenes_Sectoriales%20(2).pdf).

Del Pozo, P., (2013). Teoría e incidencias comparadas de la subcapitalización en el Ecuador. Recuperado el 08 de enero de 2016 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3798/1/T1345-MDE-Del%20Pozo-Teoria.pdf>.

El Comercio. (s.f.)

La firma OCP impugnó glosas por USD 7 millones.

Recuperado el 09 de enero de 2016 de <http://blogs.udla.edu.ec/honestidad/pagina-ejemplo/>.

Enciclopedia Financiera (s.f.).

Curva de Laffer.

Recuperado el 23 de diciembre de 2015 de <http://www.encyclopediainanciera.com/finanzas-publicas/curva-de-laffer.htm>.

- Enciclopedia Financiera (s.f.).
Recaudación fiscal.
Recuperado el 23 de diciembre de 2015 de
<http://www.encyclopediainanciera.com/finanzas-publicas/recaudacion-fiscal.htm>.
- Fernández, A., (2013). *Fiscalidad Internacional de los Gastos Financieros: Normativa Interna y Derecho Comparado*. Recuperado el 08 de enero de 2016 de
http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentos_trabajo/2013_19.pdf.
- Fowler, E. (1991). *Cuestiones Contables Fundamentales*, Buenos Aires, Argentina: Macchi.
- Galéa, G. y Jourdain S., (2012) *Sous-capitalisation: une règle plus effective et moins cosmétique*. Recuperado el 07 de noviembre de 2015 de
<http://www.financemanagement.be/sous-capitalisation-une-regle-plus-effective-et-moins-cosmetique/>.
- Garay, Ane., (2013). *Inversión Extranjera Directa*. Recuperado el 22 de diciembre de 2015 de <http://omal.info/spip.php?article4822>.
- Gastalver, R., (2011). *La subcapitalización para el Tribunal Supremo*. Recuperado el 07 de noviembre de 2015 de
http://www.elderecho.com/contable/subcapitalizacion-Tribunal-Supremo_11_289555002.html.
- Gutiérrez, E. (2009). Los principios como normas abiertas, por ejemplo el caso de la igualdad. Recuperado el 18 de noviembre del 2015 de <http://todo-derecho.blogspot.com/2009/07/los-principios-como-normas-abiertas-por.html>.
- Hexagon Consultores. (s.f.). *Ocp, estudio de caso*. Recuperado el 09 de enero de 2016 de <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Usuario->

PC/Mis%20documentos/Downloads/MEIL%2052.pdf.

Lafont, R., (2014). *Sucursales o filiales, ¿Qué es mejor?* Recuperado el 22 de diciembre de 2015 de <http://www.finanzaspersonales.com.co/columnistas/articulo/sucursales-filiales-que-mejor/51439>.

Lalama, A. (2011). *La Suficiencia Recaudatoria*. Recuperado el 16 de noviembre de 2015 de <http://www.desdemitrinchera.com/2011/03/25/la-suficiencia-recaudatoria/>.

Ley de Compañías. (1999) Registro Oficial 312 del 05 de noviembre de 1999.

Ley de Impuesto Sobre la Renta (2014). Publicada mediante decreto numero 1.435 el 17 de noviembre del 2014.

Ley del Régimen Tributario Interno, (2004). Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de del 2004.

López, C. (2011). *Agencia, Matriz y Sucursales*. Recuperado el 08 de diciembre del 2015 de <http://es.scribd.com/doc/58591155/Agencias-Matriz-y-Sucursales-2011#scribd>.

Loyola, T. (2010). *Interpretaciones de la Legislación Tributaria Ecuatoriana en lo Referente a la Determinación y Caducidad*, Cuenca, Ecuador, s.e.

Martínez, H., (2013). *Importancia de la Inversión Extranjera Directa*. Recuperado el 22 de diciembre de 2015 de <http://el EMPRESARIO.MX/IED/importancia-inversion-extranjera-directa>.

Montestruque, K. (2014) *Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades y su regulación en el Perú*. Recuperado el 07 de noviembre de 2015 de <http://www.teleley.com/revistaperuana/13karinar61.pdf>.

OCP Ecuador. (s.f.)

El Financiamiento del OCP.

Recuperado el 09 de enero de 2016 de <http://ocpecuador.com/es/sala->

de-prensa/documentacion/boletines/el-financiamiento-del-ocp.

Ovañanos, M., (s.f.) *La inversión extranjera*. Recuperado el 22 de diciembre de 2015 de <http://www.cebmex.org/index.php/2012-05-16-02-02-16/acciones/economia-solidaria/121-la-inversion-extranjera>.

Palacios, V. (2015). *Personalidad y Personería Jurídica*. Recuperado el 02 de diciembre de 2015 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecho-civil/2015/08/20/personalidad-y-personeria-jur-dica>.

Promoción empresarial (s.f.).

Sucursal. Recuperado el 07 de diciembre de 2015 de <http://www.promocion.camaramadrid.es/Principal.aspx?idemenu=1&idsubmenu=21&idapartado=4>.

Puente, M. (2010). *Principio de Arm's Length*. Recuperado el 09 de diciembre de 2015 de <http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2010/mlpe/Principio%20Arm%20Length.html>.

Reglamento a la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno. (2010) Registro oficial suplemento 209 de 08 de junio del 2010.

Servicio de Rentas Internas. (s.f.)

Acta de Determinación no. 1720060100181

Recuperado el 01 de junio de 2016 de http://www.silec.com.ec/bibliotecavirtual.udla.edu.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=CASACIONIMPUGNACION_POR_GLOSAS_181220120801&query=subcapitalizacion#IDXDataRo0

Servicio de Rentas Internas. (s.f.)

Incentivos y Beneficios.

Recuperado el 15 de febrero de 2016 de <http://www.sri.gob.ec/web/guest/detalle?idnoticia=5601&marquesina=1>.

Servicio de Rentas Internas (s.f.)

Incentivos y Beneficios.

Recuperado el 25 de diciembre de 2015 de
<http://www.sri.gob.ec/web/guest/incentivos-y-beneficios>.

Trabajo personal.(s.f.).

¿Qué es subcapitalización?

Recuperado el 11 de noviembre de 2015 de
<http://trabajopersonal.com/que-es-la-subcapitalizacion/>.

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

Recuperado el 11 de noviembre de 2015 de
http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_104_Vega.pdf.

Villegas, H. (2009) *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires Astea.