

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Posgrados

El criterio de la realidad económica en los préstamos de consumo otorgados a una sociedad por sus partes relacionadas en el exterior

Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

Fabián Andrade Narváez, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Máster en Derecho de Empresa

Quito, septiembre de 2012

Quito, 27 de agosto de 2012

Doctor
Vladimir Villalba
Director
Maestría en Derecho de Empresa USFQ
Ciudad

Ref.: Informe de dirección del trabajo de investigación del Ab. Oswaldo Santos Dávalos

Señor doctor:

En atención a su comunicación de 21 de agosto de 2012, permítame poner a su consideración el siguiente informe sobre el trabajo de investigación intitulado: "El criterio de la realidad económica en los préstamos de consumo otorgados a una sociedad por sus partes relacionadas en el exterior", realizado por el Ab. Oswaldo Santos Dávalos:

a) Importancia del problema presentado.

El investigador se ha cuestionado la pertinencia, a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano, de que la Administración Tributaria pueda, empleando el expediente de la interpretación de la realidad económica, desconocer como gasto deducible el pago de los intereses pagados por sociedades ecuatorianas a sus partes relacionadas en el exterior, bajo el entendido de que dichos préstamos no son formas proscritas, ni en forma ni en sustancia.

El problema planteado se ubica en la discusión de los medios jurídicos que dispone la Administración Tributaria para luchar contra la evasión y la elusión tributarias y las garantías del contribuyente frente a actos voluntaristas de sujetos dotados de autoridad: Se trata de determinar, al fin y al cabo, si la norma sobre la interpretación contenida en el art. 17 del Código Tributario, es o no una regla residual que autoriza a la Administración Tributaria a calificar los actos jurídicos para fines tributarios y si eso es así en qué medida el contribuyente está protegido frente a actos que en principio se presumen legítimos que pueden suponer un claro abuso y violación del principio de capacidad contributiva.

En este contexto el problema planteado por el investigador es una aplicación muy concreta a la realidad ecuatoriana de asuntos de relevancia teórica fundamental en la disciplina que nos ocupa.



b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

El investigador observa la estrategia empleada por la Administración Tributaria y la falta de motivación en alguna resolución judicial de Corte Nacional de Justicia, sosteniendo que el expediente empleado por la Administración Tributaria coarta las modalidades de financiamiento al que pueden acceder las sociedades locales de sus partes relacionadas, desatendiendo precisamente el principio de la realidad económica, la verdadera naturaleza de la subcapitalización y los instrumentos empleados en el ordenamiento jurídico nacional y el Derecho comparado para evitarla.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Para abordar los objetos de la investigación, su autor ha empleado suficientes fuentes bibliográficas y, fundamentalmente, ha empleado la práctica administrativa y la única resolución judicial sobre la materia, con adecuada metodología.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

En mi concepto, la tesis del investigador se encuentra suficientemente sustentada, pues no sólo aborda la argumentación para sostener su hipótesis, sino que reconstruye las eventuales antítesis de sus planteamientos con rigor. Aunque las conclusiones del investigador no necesariamente sean compartidas por algunos de los miembros de la academia, entiendo que sus argumentos son sólidos para sustentar su tesis y suficientes para discutir el problema desde una perspectiva científica.

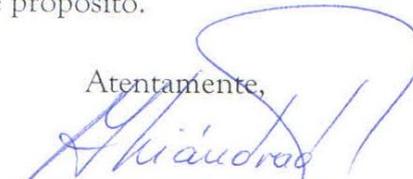
e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.

Durante el proceso de desarrollo de la investigación, el autor ha dado cumplimiento a las tareas asignadas, fiel a las herramientas metodológicas provistas en el programa.

f) Conclusión

Por estas consideraciones he autorizado a que el Ab. Oswaldo Santos Dávalos proceda a defender oralmente los contenidos de su investigación ante el tribunal que el programa organice con este propósito.

Atentamente,


Fabián Andrade Narváez

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**EL CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA EN LOS PRÉSTAMOS DE
CONSUMO OTORGADOS A UNA SOCIEDAD POR SUS PARTES RELACIONADAS
EN EL EXTERIOR**

Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

Fabián Andrade Narváez
Director de Tesis y
Miembro del Comité de Tesis

Javier Bustos Aguilar, M.A.
Miembro del Comité de Tesis

Vladimir Villalba Paredes, M.A.
Director de la Maestría en Derecho de Empresa y
Miembro del Comité de Tesis

Luis Parraguez Ruíz,
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri Breedy, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



The image shows five horizontal lines, each with a handwritten signature written over it. The signatures are: 1. Fabián Andrade Narváez, 2. Javier Bustos Aguilar, 3. Vladimir Villalba Paredes, 4. Luis Parraguez Ruíz, and 5. Víctor Viteri Breedy. The signatures are written in black ink and are somewhat stylized.

Quito, 13 de septiembre de 2012

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

C. I.: 1713070017

Fecha: Quito, septiembre 2012

*Agradezco a Vladimir Villalba y a Fabián Andrade
por su apoyo durante la elaboración de este trabajo.*

A mis padres y a mi hermano.

Resumen

El Servicio de Rentas Internas ha desconocido al deducibilidad de ciertos intereses pagados por sociedades ecuatorianas a sus partes relacionadas en el exterior aduciendo que debía aplicárseles el régimen propio de las aportaciones de capital. Para el efecto, creyó poder aplicar el criterio de la realidad económica, previsto en el artículo 17 del Código Tributario. El objetivo de este trabajo es determinar si el criterio de la realidad económica puede ser utilizado para aplicar a cualesquier fuentes de financiamiento que una sociedad ecuatoriana hubiera obtenido de sus relacionadas en el exterior el régimen tributario propio de las aportaciones de capital. Con ese propósito se estudiará las figuras de la subcapitalización, del criterio de la realidad económica, de los instrumentos de financiamiento por los que puede optar una sociedad, de la simulación de los negocios jurídicos y de las economías de opción, la elusión y la evasión tributarias.

Abstract

The Ecuadorian Internal Revenue Service has denied the deductibility of interests paid by Ecuadorian societies to their related parties abroad, claiming that those operations ought to be considered equity instead of debt. For that purpose, the IRS thought feasible to apply the so-called “criterion of economic reality”, as provided in article 17 of the Tax Code. The objective of this dissertation is to determine whether the criterion of economic reality can be used in order to treat all debts that a society has with its related parties abroad as equity for taxation purposes. For that reason, we shall analyze the thin capitalization regime and the criterion of economic reality, amongst other institutions.

Índice

	<u>Pág.</u>
Introducción	...14
CAPÍTULO I: SUBCAPITALIZACIÓN	...19
1.1.Introducción	...19
1.2. Antecedentes, concepto y clases	...19
1.3. Justificación y objetivo	...21
1.4. Requisitos	...29
1.5. Métodos para determinar la existencia de la subcapitalización	...30
1.5.1. Método subjetivo	...33
1.5.2. Método objetivo	...35
1.6. Consecuencias de la subcapitalización	...37
1.7. Excurso: sobre la deducibilidad de los gastos indirectos asignados a las sociedades sin personalidad jurídica	...39
CAPÍTULO II: CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA	...42
2. Introducción	...42
2.1. Interpretación de la ley	...42
2.2. Métodos de interpretación	...43
2.3. Interpretación de las normas tributarias	...46
2.4. Interpretación según la realidad económica	...48
2.4.1. Antecedentes	...48
2.4.2. Fundamento	...49
2.4.3. Funcionamiento	...49
2.4.4. Aplicaciones prácticas	...50
2.4.5. Crisis del criterio de la realidad económica	...53
2.4.6. Críticas	...54
2.4.7. La interpretación según la realidad económica en el Derecho	

tributario ecuatoriano	...54
2.4.8. Crítica y opinión personales	...55
CAPÍTULO III: INSTRUMENTOS DE FINANCIAMIENTO	...59
1. Recursos propios y recursos ajenos	...59
2. Instrumentos de financiamiento	...60
2.1. Mutuo o préstamo de consumo	...60
2.2. Préstamos de los accionistas	...65
2.3. Obligaciones convertibles en acciones	...66
2.4. Aportaciones de capital	...67
3. Diferencias entre el contrato de mutuo y las sociedad	...70
CAPÍTULO IV: SIMULACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS	...72
1. Introducción	...72
2. Definición	...72
3. Requisitos	...73
4. Simulación lícita e ilícita	...75
5. Clases de simulación	...76
6. Calificación de la simulación	...78
7. Efectos de simulación	...81
8. Acción de simulación	...83
9. Diferencia con otras instituciones	...84
10. Nuestra opinión	...87
CAPÍTULO V: ECONOMÍAS DE OPCIÓN, ELUSIÓN Y EVASIÓN TRIBUTARIAS	...90
1. Economías de opción	...90
1.1. Definición	...90
1.2. Fundamento	...91
1.3. Relación con la simulación y la realidad económica	...92

2.	Elusión tributaria	...93
2.1.	Definición	...93
2.2.	Fundamento	...94
2.3.	Características	...94
2.4.	Licitud de la elusión y las cláusulas antielusión	...95
2.5.	Relación con la simulación y el criterio de la realidad económica	...98
3.	Evasión tributaria	...98
3.1.	Definición	...98
3.2.	Relación con la simulación y la realidad económica	...99
3.3.	Relación con la defraudación tributaria	...99
4.	Nuestra opinión	...100
	Conclusiones	...105
	Bibliografía	...109

INTRODUCCIÓN

El Servicio de Rentas Internas ha negado la deducibilidad de los intereses pagados por ciertas sociedades ecuatorianas a sus partes relacionadas en el exterior, por considerar que su financiamiento debió provenir de aportaciones de capital y no de contratos de mutuo.¹ Para llegar a esa conclusión se valió de una serie de argumentos.

La administración considera que los actos de los contribuyentes deben tener suficiente “sustancia económica” para ser respetados para fines tributarios.² Estimó que las condiciones en las que se otorgó los créditos fueron favorables sobremanera para las sociedades ecuatorianas. En su opinión “ningún prestamista otorgaría un crédito a una empresa que de acuerdo a sus condiciones económicas no fuere capaz de cubrir sus deudas en un plazo determinado”³, a pesar de admitir que eso no sucede en todos los casos.⁴ Por ese motivo, según su parecer, una operación como éstas “es ficticia y motivada por un interés fiscal exclusivamente”.⁵

La administración tributaria estima que las compañías relacionadas constituyen un solo conjunto económico y no puede existir entre ellas una relación de deudor-acreedor, ya que “nadie puede contratar consigo mismo”.⁶

Además, sostuvo que las partes relacionadas de una compañía no pueden financiarla a través de préstamos, sino solamente a través de aportaciones de capital. En sus palabras,⁷

¹ Conocemos de, al menos, cinco casos distintos. Al menos dos en contra de la compañía Schlumberger Surencó S.A., dos en contra de la sociedad Repsol-YPF S.A. y una en contra del Oleoducto de Crudos Pesados.

² En el párrafo 7.8 de la resolución No. 117012011RREC007572, que ha sido impugnada y está en conocimiento de la Cuarta Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1, al que se le asignó el número de trámite 2011-0041.

³ Página 8 de la Resolución No. 117012007RREC033398 del Director Regional Norte del Servicio de Rentas Internas, que después fue impugnada y cuyo conocimiento correspondió, primero, a la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 1 y, luego, en casación, a la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia.

⁴ Página 35 del escrito de contestación a la demanda presentada por Repsol YPF S.A., cuyo conocimiento correspondió a la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.1, con número de trámite 125-2011.

⁵ Página 10, literal s) de la Resolución No. 117012007RREC033398.

⁶ Página 10 del escrito de contestación a la demanda del Servicio de Rentas Internas mencionado en el pie de página 3 *supra*. Además, en el párrafo 7.17 de la resolución 117012011RREC007572 consideró que las compañías matrices y sus filiales “no constituyen un tercero respecto de la otra”.

⁷ Transcribiremos literalmente los textos de los escritos y actos administrativos de la administración tributaria. Los errores que allí se evidencian constan en los documentos originales.

El hecho de que la empresa tenga una necesidad de financiación, no significa per se, que esta deba efectuarse vía préstamo, o que esta sea la única forma de obtención de fondos, pues de hecho la financiación de sociedades puede llevarse a cabo básicamente por aportación de recursos ajenos –préstamo o la aportación de recursos propios –capital, siendo ésta última la que aplica al caso.⁸

En otra oportunidad sostuvo un criterio similar:

Si los accionistas o propietarios inyectan liquidez o entregan dinero a su empresa para que ésta mejore su negocio, este financiamiento deberían hacérselo a través de un aumento de capital que incremente el patrimonio de la empresa, por el que al final del ejercicio recibirán las utilidades o dividendos que se obtengan por ese mejoramiento del negocio; ese financiamiento otorgado por los propietarios o accionistas a través de empresas relacionadas, constituye una provisión de fondos que se encuentra retribuida por las utilidades que se obtengan por el mejoramiento de negocio, utilidades que se encuentran sujetas al pago del 25% del impuesto a la renta.

Según su línea de razonamiento, para dar a tales operaciones el tratamiento de contratos de mutuo no importa el que la supuesta mutuaría haya o no cumplido con sus obligaciones.

Aun bajo el supuesto de que los fondos hayan sido cancelados[...], este comportamiento[...] sigue enmarcándose en la subcapitalización explicada [que consiste en] una financiación excesiva entre sociedades vinculadas[...]. El pago al que alude la empresa no ha sido gravado de forma alguna en el país, ni tampoco constituirá un ingreso gravado en el país de destino, pues es un paraíso fiscal; sin embargo, si constituye una transferencia de la base imponible del Impuesto a la Renta que como se evidencia, libre de impuestos.⁹

Otorgar este tipo de financiamiento evidencia una “*pieza de ingeniería tributaria*” que resulta perjudicial para el Estado y favorable para la compañía. Además, en su criterio, la relación existente entre simulación y subcapitalización es estrecha: “Subsidiarias en paraísos fiscales, condiciones preferentes fuera de mercado, aportes de capital encubiertos, son típicos de la figura de subcapitalización, en virtud de la cual una persona jurídica se beneficia de la deducción de intereses por supuestos créditos otorgados por empresas o financistas relacionadas”.¹⁰

En su decir, esos negocios jurídicos fueron simulados, ya que el haberlos registrado como préstamos y no como provisiones de capital obedece “únicamente y exclusivamente

⁸ Literal kk) de la página 14 de la Resolución No. 117012007RREC033398.

⁹ Literal ll) página 14 de la Resolución No. 117012007RREC033398.

¹⁰ Página 35 del escrito de contestación a la demanda presentada por Repsol YPF S.A., cuyo conocimiento correspondió a la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No.1, con número de trámite 125-2011.

al afán de beneficiarse de la deducción de intereses permitida por la Ley de Régimen Tributario Interno”.¹¹

Sostuvo además que la calificación que deba realizar la administración tributaria debe tener dos enfoques: el enfoque de la regla sobre el propósito del negocio y el enfoque de la sustancia sobre la forma. El primero implica que el negocio debe tener un propósito distinto a la elusión tributaria (el anglosajón *Business Purpose Test*). La mera ventaja tributaria no puede ser un propósito tributario. El segundo consiste en evaluar los hechos “de acuerdo con la sustancia económica y comercial bona fide y no el contenido formal”.¹²

Para contrarrestar esa situación, en su sentir, anómala, la administración tributaria recurrió al criterio de la realidad económica. “Las autoridades tributarias –según aseveró– pueden y deben cuestionar las operaciones que son aparentemente regulares, pero que simulan la realidad y responden solamente a preocupaciones de tipo tributario”.¹³

La aplicación del artículo 17 del Código Tributario no es otra cosa que la transposición a nuestro Ordenamiento Jurídico de lo que doctrinariamente se conoce como el “principio de la realidad económica”; dicho de otra forma, el de “prevalencia de la realidad sobre la forma”, con unánime aprobación y aplicación no solo por parte de las Administraciones Tributarias de países como Alemania, Estados Unidos, Argentina, Perú y Uruguay sino también por parte de los Tribunales de Justicia sobre todo los Tribunales Supremos.¹⁴

Por tanto, a modo de resumen, el Servicio de Rentas Internas consideró que en dichas operaciones se configuró, en realidad, una aportación de capital, por los siguientes motivos:

- Porque los negocios no pueden tener por único propósito obtener una ventaja tributaria, y las operaciones que las sociedades llevaron a cabo tuvieron por objeto exclusivo obtener ventajas de esa índole;
- Porque el financiamiento dado a las sociedades ecuatorianas fue simulado y tipificó la figura de la subcapitalización;
- Porque las sociedades vinculadas conforman un solo sujeto para efectos tributarios, y entre ellos no puede existir una relación de deudor-acreedor;

¹¹ Párrafo 7.19. de la Resolución No. 117012011RREC007572.

¹² Párrafo 7.21. de la Resolución No. 117012011RREC007572.

¹³ Literal z) de la Resolución No. 117012007RREC033398.

¹⁴ Literal e) de la Resolución No. 117012007RREC033398.

- Porque el único vehículo por el que una sociedad puede obtener financiamiento de sus partes relacionadas es a través de un aporte de capital;
- Porque en la mayor parte de casos los préstamos concedidos no respondieron a las condiciones de mercado y, por tanto, no habrían sido otorgados por terceros independientes; y, como corolario de lo anterior,
- Porque la administración tributaria está llamada a aplicar el principio de la realidad económica, en virtud del cual puede cuestionar las operaciones que son aparentemente regulares, pero que simulan la realidad y responden solamente a preocupaciones de tipo tributario, como, en su decir, sucedió en este caso.

Conocemos de un caso que haya sido resuelto por la Corte Nacional de Justicia sobre el tema que nos ocupa. En ese fallo, recaído dentro del expediente 2009-226, la Sala de lo Contencioso Tributario casó la sentencia de los juzgadores *a quo* y confirmó la glosa impuesta por el Servicio de Rentas Internas por este motivo a una sociedad residente; resolución que, a más de inaceptablemente escueta y oscura, no da razones intersubjetivas de su preferencia, es decir, no permite entender por qué el juez ponente llegó a la conclusión a la que llegó.

Nuestro trabajo tiene por objetivo determinar la validez de las conclusiones del Servicio de Rentas Internas. Como explicaremos en las páginas que siguen, las actuaciones de la administración tributaria materia de nuestro análisis son en extremo preocupantes. Sus conclusiones son equivocadas, sus argumentos son falaces e inconsistentes y, al parecer, el Servicio de Rentas Internas no ha reparado que *no es posible* que todo lo que sostiene sea cierto.

La línea argumental principal de la administración tributaria gravita en torno a los alcances del principio de la realidad económica.¹⁵ En este caso particular, mediante la aplicación de ese criterio concluyó que las sociedades no pueden obtener financiamiento de sus relacionadas a través de contratos de mutuo, sino sólo medio de aportaciones de capital solamente, dado que, en su sentir, el financiamiento a través de préstamos tiene como única motivación disminuir la carga impositiva.

¹⁵ Estimamos que no tiene mayor relevancia lo relativo a los requisitos para que proceda la deducibilidad de los intereses pagados al exterior, por las razones que explicaremos más adelante.

En tal virtud, la pregunta a la que pretendemos dar respuesta es la siguiente: ¿faculta el criterio de la realidad económica a las administraciones tributarias a aplicar el régimen tributario propio de las aportaciones de capital a cualesquier fuentes de financiamiento que una sociedad residente en el Ecuador obtenga de sus partes relacionadas en el exterior que hubiere tenido como principal móvil la obtención de beneficios fiscales?

Nuestra hipótesis es que no. Consideramos que la interpretación según la realidad económica únicamente sirve para a los actos de los particulares el tratamiento propio que corresponde al acto que se configura según su voluntad real, independientemente de cuál haya sido su voluntad declarada, e independientemente de que ello perjudique o favorezca al fisco. Estimamos que la argumentación del Servicio de Rentas Internas es, en realidad, una malograda racionalización persuasiva.

Para demostrar por qué nuestra hipótesis es verdadera y por qué el razonamiento del Servicio de Rentas Internas es ilógico y sus conclusiones son equivocadas, es necesario que estudiemos varias de las instituciones jurídicas involucradas. Para el efecto, dividiremos nuestro trabajo en cinco capítulos.

En el primero explicaremos qué es la subcapitalización, qué clases hay y cuáles son sus efectos. En el segundo capítulo explicaremos en qué consiste y cuál es la utilidad del criterio de la realidad económica. En el tercer capítulo determinaremos cuál es la naturaleza jurídica de los instrumentos de financiamiento por los que pueden optar las sociedades, con particular énfasis en el contrato de mutuo y el contrato de aportación de capital. En el cuarto capítulo nos referiremos a la definición, grados, naturaleza jurídica y a los efectos de la simulación de los negocios jurídicos. Finalmente, en el quinto capítulo ensayaremos una definición de las economías de opción, y de la elusión y evasión tributarias, para explicar por qué las hipótesis de elusión tributaria generalmente excluyen a las hipótesis de simulación de los negocios jurídicos.

CAPÍTULO I

SUBCAPITALIZACIÓN

1.1. Introducción

Como expusimos, el propósito de nuestro trabajo es determinar si debe darse a cualquier tipo de financiamiento concedido por una parte relacionada extranjera a una sociedad residente en el país el tratamiento tributario propio de una aportación de capital, interpretándose según su realidad económica. La subcapitalización guarda una muy estrecha relación con la situación que acabamos de describir porque, según explicaremos, la subcapitalización es la situación en la que la relación entre el capital y la deuda de una sociedad es inferior al que se considera aceptable.

Por ello, es menester que primero nos refiramos a la subcapitalización. Expondremos su concepto, sus clases y su régimen jurídico, tanto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como en Derecho comparado. El objetivo de este capítulo es comprender cuándo se está en presencia de una subcapitalización y cuándo puede aplicarse el régimen jurídico que le es propio.

1.2. Antecedentes, concepto y clases

Las sociedades tienen la alternativa de financiarse con recursos propios o ajenos. La elección entre una u otra forma de financiamiento depende de consideraciones de toda índole, no exclusivamente económicas o tributarias.¹⁶ Así, por ejemplo, un financista podría preferir otorgar préstamos en lugar de aportar capital porque su riesgo sería menor y porque la flexibilidad y la rapidez con las que podría hacerlo serían mayores.¹⁷ Sin embargo, cada una de esas formas de financiación tiene un distinto tratamiento jurídico. Ello da lugar al fenómeno de la subcapitalización.¹⁸

¹⁶ Villar Ezcurra, Marta. “El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del derecho comunitario”, en: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998, p. 192.

¹⁷ Calvo Salinero, Rafael. “La subcapitalización de sociedades frente al Derecho Comunitario”, en: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998, p. 263.

¹⁸ Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales de la subcapitalización de las sociedades y su regulación en el Perú”, en: *Revista Instituto Pacífico*, primera quincena de abril de 2010. http://www.aempresarial.com/web/revitem/1_10859_28496.pdf (Acceso: 13 de noviembre de 2011), p. 4.

La subcapitalización es la situación de una sociedad cuyo capital es inferior al que se considera adecuado. Son dos los motivos por los que el capital de una sociedad se puede considerar inferior al adecuado: porque la sociedad carece de los recursos necesarios para su funcionamiento o porque sus recursos no consisten en fondos propios. El primer caso se conoce como subcapitalización material y el segundo se conoce como subcapitalización formal.¹⁹

En la subcapitalización material, los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada, lo que produce una escasez absoluta de capital.²⁰ Se da cuando la sociedad no cuenta con el capital necesario para hacer frente a sus necesidades.²¹ Puede generar una externalidad negativa, ya que transfiere el riesgo de la sociedad de los socios a los restantes acreedores.²²

En la subcapitalización formal, la sociedad sí cuenta con los recursos necesarios para realizar su labor, pero tales recursos se aportan en calidad de préstamos para así sustraerlos de la severa reglamentación del capital propio.²³ ESTEVE caracteriza a la subcapitalización formal como la “elevada desproporción entre los fondos ajenos y los fondos propios de que dispone de una entidad, de manera que la financiación a través de préstamos u otras modalidades de endeudamiento supera cuantitativamente con gran amplitud al capital propio”.²⁴

Se define a la subcapitalización como

aquella situación en la que el proporción entre el volumen de recursos propios y ajenos procedentes directa o indirectamente de sociedades del grupo supera aquella proporción que podría considerarse normal en situación de libre competencia.

¹⁹ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, en: *Fiscalidad internacional*. Coordinador: Fernando Serrano Antón. Centro de Estudios Financieros, Madrid: 2001, p. 695.

²⁰ Córdón Ezquerro, Teodoro. *Manual de fiscalidad internacional*. Ministerio de Hacienda., 2001, p. 306.

²¹ Fuentes Acurio, Sandro. “Régimen legal de la financiación empresarial”, en: *Revista Peruana de Derecho Económico*, s/f <http://www.teleley.com/revistaperuana/6fuentes-63.pdf>. (Acceso: 14 de noviembre de 2011).

²² Córdón Ezquerro, Teodoro. “*Manual...*”, *op. cit.*, p. 304. En particular, el autor considera que la subcapitalización podría dar lugar a la externalidad de la selección adversa. Aunque el autor considera que ambas clases de subcapitalización, la formal y la material, generan una externalidad de ese tipo, nosotros consideramos que ésta es más patente en aquella subcapitalización debida a la falta de fondos suficientes para que la sociedad opere.

²³ Córdón Ezquerro, Teodoro. “*Manual...*”, *op. cit.*, p., 306.

²⁴ Esteve Pardo, María Luisa. “Posibles respuestas del Derecho tributario al problema de la subcapitalización”, en: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998, p. 247.

La subcapitalización implica la existencia de una estructura financiera en la que priman los recursos ajenos procedentes de sociedades vinculadas con el objetivo, normalmente, de reducir el beneficio imponible de la sociedad filial.²⁵

La subcapitalización formal se producirá en los supuestos en los que el socio preste dinero en lugar de aportar el capital inicial, o en aquellos supuestos en los que dé un préstamo en lugar de que la sociedad realice un aumento de capital. Al primer caso se lo conoce como subcapitalización inicial y al segundo, como subcapitalización sobrevenida.²⁶

Al Derecho privado le interesa la subcapitalización material -cuando la sociedad tiene un capital inferior al necesario para su funcionamiento.²⁷ Se trata de situaciones en las que los socios no suministran los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa, lo que trae como consecuencia una situación de insuficiencia de capital.²⁸ Esa situación de insuficiencia de capital es perjudicial a los acreedores de la sociedad, ya que no cuentan con los bienes en los que hacer efectivas sus acreencias, en caso de que la sociedad incumpla sus obligaciones.

Al Derecho tributario, por su parte, le interesa la subcapitalización formal, ya que puede dar lugar a la obtención de ventajas fiscales que los ordenamientos tributarios consideran inaceptables.²⁹

A continuación explicaremos por qué el distinto tratamiento tributario que se da al pago de intereses y al pago de dividendos justifica el régimen jurídico propio de la subcapitalización.

1.3. Justificación y objetivo

1.3.1. Diferencias en el tratamiento jurídico de dividendos e intereses

Si los intereses y los dividendos tuvieran un tratamiento jurídico similar, no interesaría el que una sociedad opte por financiarse con recursos propios o con recursos ajenos. Sin embargo, las diferencias entre el régimen del pago de dividendos y el pago de intereses son

²⁵ Rey y Collado. *“Aspectos fiscales de la subcapitalización de sociedades: Derecho Comparado”, Impuestos, 1993. España*, citados por: Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales...”, *op. cit.*, p. 258.

²⁶ Cordón Ezquerro, Teodoro. *“Manual...”*, *op. cit.*, p. 307.

²⁷ Villar Ezcurra, Marta. “El tratamiento (...)”, *op. cit.*, p. 193.

²⁸ Ana María Pita Grandal, Roberto Ignacio Fernández López y Carmen Ruiz Hidalgo. *“Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España”*. *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998, p. 229.

²⁹ Palao Taboada, Carlos. *“La subcapitalización”*, *op. cit.*, p. 695.

varias. Tales alternativas no son perfectamente sustitutivas y neutrales,³⁰ especialmente desde la perspectiva tributaria.

Los aportes de capital se retribuyen con el pago de dividendos. Los dividendos dependen de los resultados de la gestión de la sociedad. Además, en tales casos, los aportantes participan del control de la sociedad. Por lo tanto, cuando la financiación de la sociedad proviene de recursos propios, los titulares de las participaciones aceptan el riesgo de la sociedad.³¹

En cambio, los préstamos se retribuyen con intereses. La obligación de pagar intereses no depende de los resultados económicos de la sociedad prestataria.³² Por lo tanto, el riesgo que asume un mutuante es menor que el que asume quien aporta capital a una sociedad.

KLOSTERMANN sintetiza adecuadamente los criterios para distinguir una aportación de capital (*equity*) de un crédito (*debt*).³³

Criterio de clasificación	Capital (Equity)	Deuda (Debt)
<i>Posición legal</i>	Copropietario ³⁴	Derechos de acreedor
<i>Influencia en la administración</i>	Generalmente tiene control e información completos, a más de derecho a voto	Generalmente no tiene información completa ni derecho a voto

³⁰ Cordón Ezquerro, Teodoro. “Manual...”, *op. cit.*, p. 310.

³¹ Ana María Pita Grandal, Roberto Ignacio Fernández López y Carmen Ruiz Hidalgo. “Una aportación...”, *op. cit.*, p. 230.

³² Es decir, en principio la obligación de pagar un préstamo no está sujeta a condición alguna. En cambio, la obligación de pagar dividendos sí está sujeta a la condición suspensiva de que dichos dividendos existan y sean declarados.

³³ Klostermann, Margret. *The Consequences of Hybrid Finance in Thin Capitalization Situations: An Analysis of the Substantive Scope of National Thin Capitalization Rules with Special Emphasis on Hybrid Financial Instruments*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1137591> (Acceso: 01 de abril de 2011). Hemos realizado los cambios necesarios para adaptar la información a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

³⁴ En realidad, no es preciso sostener que los accionistas son propietarios de la sociedad. No se puede ser dueño de un sujeto de derechos, y las compañías son sujetos de derechos. Los accionistas son propietarios de los títulos representativos del capital de la compañía.

<i>Participación en las ganancias</i>	Participa de las pérdidas y de las ganancias	Su retorno no depende de las pérdidas y las ganancias de la prestataria
<i>Riesgo</i>	Hasta el monto de las acciones	No hay riesgo
<i>En caso de quiebra</i>	Le corresponde el remanente	Es un acreedor común
<i>Tratamiento tributario</i>	Pago no deducible	Pago deducible

En el capítulo tercero de nuestro trabajo expondremos cuáles son los elementos esenciales del emblemático vehículo de financiamiento a través de recursos ajenos, a saber, el contrato de mutuo, y el característico mecanismo de financiamiento a través de recursos propios, a saber, las aportaciones de capital.

1.3.2. Régimen tributario del pago de dividendos y del pago de intereses

El tratamiento tributario de los intereses y de los dividendos también es distinto. Según la LRTI, los intereses son deducibles de la base imponible del prestatario. En su artículo 10, al referirse a las deducciones de la base imponible del impuesto a la renta, dicha ley reza lo que sigue:

[Son deducibles] [l]os 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.

En principio, si una sociedad paga intereses a sus acreedores, puede deducir esos rubros de su base imponible del impuesto a la renta. El pago de dividendos no puede deducirse del impuesto a la renta, por no ser una erogación que se realice con el propósito

de mantener, mejorar o conservar rentas gravadas con un impuesto, sino que es aquello que se reparte como consecuencia de la existencia de tales rentas.

La segunda diferencia entre el tratamiento tributario de los intereses y el de los préstamos es que los intereses pagados constituyen una renta gravada para los prestamistas, mientras que los dividendos pueden no estar gravados para quien las recibe. Según dice FUENTES, la simulación de dividendos mediante el pago de intereses implica una reducción de la base imponible de la sociedad deudora y, eventualmente, un beneficio sin gravamen fiscal para el acreedor.³⁵

El numeral 7 del artículo 8 de la LRTI considera como ingresos de fuente ecuatoriana a

[l]os intereses y demás rendimientos financieros pagados o acreditados por personas naturales, nacionales o extranjeras, residentes en el Ecuador; o por sociedades, nacionales o extranjeras, con domicilio en el Ecuador, o por entidades u organismos del sector público[...]

Los dividendos pueden estar exentos del impuesto a la renta. Según el artículo 9.1 de la LRTI, están exentos

[l]os dividendos y utilidades, calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuidos por sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales o extranjeras, no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición o de personas naturales no residentes en el Ecuador.

Por lo tanto, los dividendos no constituyen una renta gravada para las sociedades – por regla general- y para las personas naturales no residentes.

Finalmente, en nuestro ordenamiento jurídico los dividendos y los intereses tienen un tratamiento distinto en lo que se refiere a la retención del impuesto a la renta. Salvo que se trate de pagos a sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, el régimen de retenciones en la fuente de impuesto a la renta por pago de dividendos es más beneficioso que el régimen de retención en la fuente por pago de intereses.³⁶

³⁵ Fuentes Acurio, Sandro. “Régimen legal...”, *op. cit.*, p. 135.

³⁶ El artículo 15 del RLRTI dispone que los porcentajes de retención de dividendos oscilan entre el 1 y el 10%, pero resultan aplicables si es que el monto distribuido supera los USD 100,000. Los pagos de intereses, en cambio, están sujetos a un porcentaje de retención del 2%, por regla general, en todos los casos en los que

Es por esos motivos que, “parece razonable pensar que en muchas ocasiones se preferirá la financiación a través de préstamos”.³⁷

PALAO considera que las diferencias principales entre el tratamiento tributario de los intereses y de los dividendos son las siguientes: mientras los dividendos no son deducibles de la base imponible, los intereses sí lo son. Además, algunos ordenamientos gravan la aportación a las sociedades, mientras que el otorgamiento de préstamos no está gravado. Así, por ejemplo, en España, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados grava, entre otros supuestos, a la constitución, aumento y disminución de capital de las sociedades, pero no grava a la concesión de préstamos.³⁸ Finalmente, los dividendos pueden estar sujetos a doble imposición, mientras que los intereses no lo están.³⁹

La subcapitalización es particularmente relevante en el ámbito internacional. No es relevante en el ámbito interno porque los intereses que la sociedad se deduce son materia gravada para el prestamista.⁴⁰ En la esfera interna, los intereses constituyen un ingreso gravado para el prestamista. Sin embargo, en tratándose de operaciones multinacionales el pago de intereses supondrá una pérdida neta de recaudación para el Estado de residencia de la prestataria.⁴¹ Como dice FUEST, las compañías multinacionales tienden a trasladar sus ganancias del lugar en el que se realiza la inversión. Los métodos que tienen para hacerlo son la manipulación a través de los precios de transferencia y la subcapitalización.⁴²

Los contribuyentes, especialmente si se trata de compañías multinacionales, intentarán obtener el máximo beneficio posible determinando cuál es su apalancamiento óptimo. El apalancamiento es el grado en el que una sociedad se apoya en su deuda como fuente de financiamiento.⁴³

el pagador sea un agente de retención de impuesto a la renta, según la resolución 411 del Servicio de Rentas Internas, publicada en el R.O. 98 de 05 de junio de 2007.

³⁷ Vega Borrego, Félix Alberto. “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario” en: *Crónica Tributaria*. No. 104. Madrid: 2002, p.5.

³⁸ Cordon Ezquerro, Teodoro. “*Manual...*”, *op. cit.*, p. 310.

³⁹ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 696.

⁴⁰ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 696.

⁴¹ Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales...”, *op. cit.*, p. 5.

⁴² Fuest, Clemens y Hemmelgarn, Thomas. “Corporate Tax Policy, Foreign Firm Ownership and Thin Capitalization”. *CEStifo Working Paper Series No. 1096*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=479725> (Acceso: 21 de marzo de 2012).

⁴³ Jonathan Berk y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*. Pearson. México: 2008.

Las normas contra la subcapitalización afectan directamente a los beneficios obtenidos del apalancamiento. Por ese motivo, cuando se busca determinar de qué forma maximizar los beneficios a través del apalancamiento, la subcapitalización es uno de los factores que debe tomarse en consideración por parte de los contribuyentes.

Si el nivel impositivo del Estado de la fuente es mayor al del Estado de residencia del prestamista y sus niveles de imposición muy disímiles, el ahorro que se experimentará será muy considerable, y, según CORDÓN, se verificará un supuesto de evasión fiscal.⁴⁴

La importancia que tienen las reglas contra la subcapitalización ha traído como consecuencia que hasta 2004 el 75% de los países de la OCDE reforme su normativa para establecerlas.⁴⁵

1.3.3. Tratamiento de los dividendos y de los intereses en los convenios para evitar la doble imposición

A continuación revisaremos el tratamiento que se da al pago de intereses y al pago de los dividendos por parte de los tratados para evitar la doble imposición suscritos por el Estado ecuatoriano.⁴⁶ Explicaremos por qué, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, es generalmente más conveniente realizar un pago de dividendos que realizar un pago de intereses para efectos de la tributación internacional.

De manera referencial, el convenio modelo de la OCDE autoriza al Estado de la fuente a gravar hasta con el 10% a los intereses pagados a una sociedad extranjera, mientras que los dividendos pagados al exterior pueden ser gravados hasta con el 15%, a pesar de que, en ciertos casos, el gravamen podría reducirse a un 5%.⁴⁷

El artículo 11 del Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Países del Grupo Andino dispone que los dividendos pueden ser gravados sólo por el País Miembro en el

⁴⁴ Córdón Ezquerro, Teodoro. “Manual...”, *op. cit.*, p. 311.

⁴⁵ Buettner, Thiess, Overesch, Michael, Schreiber, Ulrich and Wamser, Georg. “The Impact of Thin-Capitalization Rules on Multinationals' Financing and Investment Decisions”. *ZEW Discussion Paper No. 06-68; CESifo Working Paper Series No. 1817*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=935220> (Acceso: 21 de marzo de 2012).

⁴⁶ Nos referiremos a los convenios que norman lo relativo a la tributación de impuesto a la renta por pago de dividendos e intereses. Por ese motivo no haremos mención, por ejemplo, al convenio suscrito con la Argentina para evitar la doble imposición con relación al transporte aéreo.

⁴⁷ Vega Borrego, Félix Alberto. “La norma...”, *op. cit.*, p. 2.

que la empresa que los distribuye tenga su domicilio.⁴⁸ Los intereses, en cambio, solo serán gravables en el País Miembro en cuyo territorio se haya utilizado el crédito.

El convenio suscrito con Italia dispone la tarifa impositiva aplicable a los intereses no puede exceder del 10%.⁴⁹ El régimen para los dividendos es similar, pero si éstos se distribuyen a su beneficiario efectivo, la tarifa impositiva no puede exceder del 15%, al igual que lo que disponen los convenios suscritos con Rumania⁵⁰ y Bélgica,⁵¹ respectivamente.

El convenio suscrito con España⁵² autoriza al Estado de la fuente a gravar los intereses hasta con un 10%, por regla general, y, en ciertas hipótesis, hasta con un 5%.

Los convenios suscritos con Alemania,⁵³ Suiza,⁵⁴ Chile⁵⁵ y Canadá⁵⁶ permiten gravar los pagos de dividendos e intereses con una tarifa de hasta el 15%.

El texto del convenio suscrito con Brasil⁵⁷ es similar al del convenio suscrito con España en materia de pago de dividendos. Sin embargo, permite gravar hasta con una tarifa del 15% al pago de intereses.

La siguiente tabla resume la información que acabamos de presentar.

País con el que suscribió el convenio	Tarifa máxima aplicable a dividendos	Tarifa máxima aplicable a intereses
Alemania	15%	15%
Bélgica	10%	15%
Brasil	10%	15%
Canadá	15%	15%

⁴⁸ R.O. No. 743 de 11 de febrero de 1975.

⁴⁹ R.O. No. 407 de 30 de marzo de 1990.

⁵⁰ R.O. No. 785 de 20 de septiembre de 1995.

⁵¹ R.O. No. 312 de 13 de abril de 2004.

⁵² R.O. No. 253 de 13 de agosto de 1993.

⁵³ R.O. No. 493 de 5 de agosto de 1986.

⁵⁴ R.O. No. 788 de 25 de septiembre de 1995.

⁵⁵ R.O. No. 293 de 16 de marzo de 2004.

⁵⁶ R.O. No. 484 de 31 de diciembre de 2001.

⁵⁷ R.O. No. 865 de 2 de febrero de 1988.

Chile	15%	15%
Italia	10%	15%
España	10%	15%
Rumania	10%	15%
Suiza	15%	15%

Por lo tanto, según nuestro ordenamiento jurídico, es generalmente más conveniente realizar pagos de dividendos que de intereses para efectos de aminorar la carga impositiva derivada de la doble imposición.

1.3.4. Objetivo

El objetivo de las medidas contra la subcapitalización consiste restringir la posibilidad de deducir como gasto los intereses que se paga por los capitales prestados, mediante la introducción de ciertas barreras legislativas.⁵⁸ Su finalidad es evitar que se “produzca una distribución irregular de dividendos dentro del conjunto vinculado, retirándolos en forma de intereses de la deuda y no a través del reparto de dividendos”.⁵⁹

En resumen, la justificación de las reglas contra la subcapitalización es clara. Los diferentes ordenamientos jurídico tributarios permiten la deducibilidad de los pagos de intereses, mientras que el retorno de dividendos no es deducible. Este tratamiento distinto trae como consecuencia que los sujetos pasivos tengan un incentivo para aumentar su apoyo en el financiamiento a través de deuda. Además, las compañías multinacionales encuentran en el financiamiento a través de deuda un modo idóneo para transferir sus ganancias desde países con alta tributación hacia países con baja tributación.⁶⁰ El objetivo de las reglas contra la subcapitalización es evitar esas ventajas obtenidas por los sujetos pasivos a través de los métodos que más adelante analizaremos.

⁵⁸ Fuentes Acurio, Sandro. “Régimen legal...”, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁹ Rosembuj, Teodoro. *Fiscalidad internacional*. Instituto de Fiscalidad Internacional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid-Barcelona: 1998, p. 38.

⁶⁰ Haufler, Andreas y Runkel, Marco. “Firms' Financial Choices and Thin Capitalization Rules under Corporate Tax Competition”. *CESifo Working Paper Series No. 2429*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1284971> (Acceso: 21 de marzo de 2012).

Sin embargo, debemos anotar que los convenios para evitar la doble tributación suscritos por el Ecuador generalmente dan un tratamiento más favorable a los pagos de dividendos que a los pagos de intereses.

1.4. Requisitos

Se requiere del cumplimiento de dos requisitos para estar en presencia de una subcapitalización: que el endeudamiento supere los límites previstos en la ley y que las partes sean vinculadas.⁶¹

1.4.1. Endeudamiento desproporcionado

Uno de los supuestos que debe verificar la subcapitalización es la existencia de endeudamiento desproporcionado por parte de la sociedad residente. Las distintas legislaciones no son uniformes al determinar cuál es el tipo de deuda que debe tomarse en consideración para estos efectos, así como en qué casos se lo debe hacer.

Por ejemplo, en el criterio de MONTESTRUQUE, por endeudamiento debe entenderse todo tipo de financiamiento puesto a disposición de la sociedad residente. En su criterio, no se debe incluir los préstamos a corto plazo, dado que cubren necesidades transitorias de financiación, pero no crean estructuras financieras subcapitalizadoras.⁶²

Como nos dice BUETTNER,⁶³ en los Estados Unidos, por ejemplo, se aplican las reglas de subcapitalización también a las deudas *back-to-back*, que son aquellas en las que a pesar de que el crédito puede estar en cabeza de un tercero independiente, quien lo garantiza es una parte relacionada. Sin embargo, parece ser que existen distintas definiciones acerca de qué debe entenderse por un préstamo de esa índole.⁶⁴

En España, por ejemplo, también se toma en consideración el endeudamiento indirecto para efectos del régimen de subcapitalización. Endeudamiento indirecto es aquél que no es otorgado directamente por una entidad vinculada no residente, sino por un tercero. La característica es que la participación de la entidad vinculada resulta

⁶¹ Fuentes Acurio, Sandro. “Régimen legal...”, *op. cit.*, p. 135.

⁶² Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales...”, *op. cit.*, p. 6.

⁶³ Buettner, Thiess, Overesch, Michael, Schreiber, Ulrich and Wamser, Georg. “The Impact of...”, *op. cit.*

⁶⁴ En realidad, los préstamos *back-to-back* parecen referirse a operaciones cuyo objetivo es protegerse del riesgo cambiario. Ver: Kelley, Michael. “Foreign Currency Risk: Minimizing Transaction Exposure”. *Virginia State Lawyer Magazine*. Junio-julio de 2001, p. 35. Disponible en: <http://www.vsb.org/docs/valawyeromagazine/jj01kelley.pdf>. (Acceso: 03 de abril de 2012).

fundamental para la concesión de ese financiamiento, ya sea concediendo previamente los fondos a la entidad no vinculada o asumiendo los riesgos de esa financiación.⁶⁵ El ordenamiento español también presenta instituciones de financiamiento particulares, como los préstamos participativos,⁶⁶ que traen problemas al determinar si es que les resulta aplicable o no el régimen de la subcapitalización.

En Derecho comparado se reconoce la existencia de instrumentos de financiamiento híbridos, que no pueden ser clasificados como capital o deuda, y que, por tanto, presentan problemas al aplicar las normas contra la subcapitalización.⁶⁷

Nuestra normativa no hace distinción alguna con respecto al tipo de endeudamiento en el que debe incurrir la prestataria para que resulte aplicable el régimen contra la subcapitalización. Según el artículo 30 del RLRTI, “Para las sociedades, serán deducibles los intereses generados por sus créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y su patrimonio no exceda del 300%”.

Sin embargo, para efectos de nuestro trabajo analizaremos de manera primordial las deudas cuya causa eficiente sea un contrato de mutuo celebrado entre una sociedad ecuatoriana y su parte relacionada extranjera. Por ese motivo, no resulta necesario que determinemos qué es lo que designa el concepto “deuda” en la norma que acabamos de mencionar.

1.4.2. *Vinculación de las partes*

Las normas contra la subcapitalización resultan aplicables sólo en las transacciones entre sujetos vinculados. Por lo tanto, la subcapitalización requiere de la existencia de

⁶⁵ Salto Guglieri, Jorge. “La subcapitalización: la necesidad de una reforma legal”. *Cuadernos de formación*. Vol. 10/2010, p. 188.

⁶⁶ Navarro Faure. Amparo. “Los préstamos participativos en España: un ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la infracapitalización de las empresas”. *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998. pp. 207 y ss.

⁶⁷ Klostermann menciona a los siguientes, que deben ubicarse entre el capital y los préstamos puros: préstamo del accionista (shareholder loan), préstamo a bajas tasas de interés vinculado con el pago con acciones (loan linked with equity-kicker), los *jouissance rights*, las sociedades silenciosas (*silent partnership*), los *warrant bonds*, las obligaciones convertibles en acciones (*convertible bond*), los *participation bonds* y las acciones preferidas (*preference shares*). Klostermann, Margret. “*The Consequences...*”, *op. cit.*, p. 6.

vínculos entre la prestamista y la prestataria.⁶⁸ A continuación explicaremos qué se entiende por tal vinculación y cuáles son sus consecuencias jurídicas.

El artículo 4 del RLRTI enuncia los casos en los que se está en presencia de partes relacionadas:

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.

4. Cuando una persona natural o sociedad, domiciliada o no en el Ecuador, realice el 50% o más de sus ventas o compras de bienes, servicios u otro tipo de operaciones, con una persona natural o sociedad, domiciliada o no en el país.

El tratamiento jurídico que se da a las relaciones existentes entre partes relacionadas o vinculadas es diferente que el que se da a las relaciones entre partes independientes.

La relación entre las sociedades vinculadas se rige por el principio denominado “*arm’s lenght*”⁶⁹ o principio de plena competencia. Ese principio postula que la imposición sobre el beneficio derivado de las operaciones entre partes vinculadas debe llevarse a cabo como si la vinculación no existiera.⁷⁰ El objetivo del principio de independencia o *arm’s lenght* es garantizar la correcta distribución del poder tributario entre los estados.⁷¹ La operatividad de este postulado en materia de subcapitalización consiste en que el Estado de residencia de la prestataria recupera los ingresos tributarios que habría obtenido si la operación analizada se hubiera realizado entre partes independientes.⁷²

El apartado 1 del artículo 9 del modelo de convenio de doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio de la OCDE lo define así:

⁶⁸ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 696.

⁶⁹ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 696.

⁷⁰ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 697.

⁷¹ Vega Borrego, Félix Alberto. “*La norma...*”, *op. cit.*, p. 6.

⁷² Córdón Ezquerro, Teodoro. “*Manual...*”, *op. cit.*, p. 311.

[Cuando] en sus relaciones comerciales o financieras dos [sociedades asociadas] estén vinculadas por condiciones convenidas o impuestas que difieren de las que serían convenidas entre empresas independientes, los beneficios que en ausencia de estas condiciones hubiera obtenido una de las empresas pero que, a causa de dichas condiciones, de hecho no obtuvo, pueden ser incluidos en los beneficios de esa empresa y gravados en consecuencia.⁷³

La finalidad este artículo del convenio modelo es garantizar que cada Estado pueda sujetar a tributación los beneficios realmente obtenidos en su territorio.⁷⁴

La aplicación del principio de “*arm's length*” también origina el problema de los precios de transferencia. De ahí la relación existente entre los precios de transferencia y la subcapitalización.⁷⁵ Empero, debe tomarse en consideración que aquellos supuestos en los que las tasas de interés cobradas entre partes relacionadas sean excesivas, muy bajas o inexistentes, interesan al régimen de los precios de transferencia y no al régimen de la subcapitalización.⁷⁶ El régimen de subcapitalización aplicará cuando el monto de la deuda sea excesivo con relación al capital. En cambio, el régimen de precios de transferencia aplicará cuando los intereses pagados sean excesivos, independientemente a cuál sea su relación con el capital de la sociedad prestataria. Por eso, la norma de subcapitalización resulta compatible con las normas sobre precios de transferencia y distinta de éstas.⁷⁷

Como explicamos en nuestra introducción, el Servicio de Rentas Internas considera que no puede haber relaciones jurídicas entre partes relacionadas, ya que eso supondría hipótesis de “contratar con uno mismo”. Con base en lo que hemos visto en este apartado, consideramos que esa conclusión carece de todo asidero. La vinculación no desconoce la existencia de personas jurídicas distintas; es más, la supone. Sin embargo, por consideraciones de distinto tipo, como las relativas a la propiedad del capital o a la administración en común, la normativa regula las transacciones entre partes relacionadas bajo un régimen distinto que el que rige para las transacciones entre partes no relacionadas. Dicho régimen tiene por objeto que se cumpla con el principio de plena competencia, en razón del cual en tales transacciones se debe tributar tal como si hubieran tenido lugar entre partes independientes. Eso no quiere decir que no se reconozca la posibilidad de que

⁷³ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 697.

⁷⁴ Vega Borrego, Félix Alberto. “*La norma...*”, *op. cit.*, p.6.

⁷⁵ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 697.

⁷⁶ Córdón Ezquerro, Teodoro. “*Manual...*”, *op. cit.*, p. 311.

⁷⁷ Delgado Pacheco, Abelardo. “Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional”, en: *Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional*. Septiembre-octubre de 2005, No. 825, p. 101.

partes relacionadas celebren actos jurídicos y que éstos surtan efectos, al contrario de lo que, inexplicablemente, sostuvo la administración.

1.5. Métodos para determinar la existencia de la subcapitalización

La doctrina reconoce dos métodos para establecer la existencia de una subcapitalización. El primero, conocido como método subjetivo, tiene menor acogida y se basa en el análisis de cada caso. El segundo método, denominado objetivo, ha tenido una mayor aceptación. Se basa en la fijación de una ratio entre los recursos ajenos y propios. Si el endeudamiento supera esos ratios, los intereses pagados no son deducibles o son reclasificados como dividendos.

1.5.1. Método subjetivo

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.⁷⁸ Debe examinarse cada caso a la luz del principio de libre concurrencia, para determinar si la prestataria habría obtenido el préstamo en las mismas condiciones, de haber recurrido a una sociedad independiente.⁷⁹ Se realiza un análisis de todas las circunstancias del caso para determinar si es que la sociedad prestataria habría podido obtener el financiamiento obtenido por parte de una sociedad independiente.

En otras palabras, el método subjetivo “consiste en determinar si la sociedad disponía en el momento de la concesión del préstamo la posibilidad de obtener de un tercero los mismos recursos aportados por el prestamista con el que se encuentra vinculado”.⁸⁰

Este método guarda una relación estrecha con las figuras del fraude a la ley y la simulación. Dice KLOSTERMANN que los países que utilizan los principios generales del Derecho tributario para limitar los beneficios derivados de la subcapitalización se han valido del principio de la “sustancia sobre la forma” o en el principio de abuso del Derecho para tales efectos.⁸¹

La base de este método es el centrar la atención en los términos y en la naturaleza del financiamiento y en las circunstancias en las que fue realizado y decidir, con base en todos

⁷⁸ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 698.

⁷⁹ Calvo Salinero, Rafael. “La subcapitalización...”, *op. cit.*, p. 264.

⁸⁰ Vega Borrego, Félix Alberto. “La norma...”, *op. cit.*, p.19.

⁸¹ Klostermann, Margret. “The Consequences...”, *op. cit.*

esos hechos y circunstancias, si la real naturaleza de esa aportación es la de una deuda o la de capital.⁸²

Según ROSEMBUJ, si la finalidad de conceder un crédito en lugar de realizar una aportación es netamente fiscal, tal operación será simulada y la repartición de los intereses derivados de ella supondrán la comisión de una infracción.⁸³ Analizaremos las instituciones jurídicas de la simulación y del fraude a la ley más adelante en nuestro trabajo.⁸⁴

Si se aplica este método, la carga de la prueba corresponde a la administración tributaria. Lo que la administración debería probar es si la sociedad habría podido obtener los mismos recursos por concepto de préstamo por parte de un tercero independiente.⁸⁵

Algunos países, tales como Bélgica e Italia, lo han adoptado.⁸⁶ El *Finance Act* de 1995 del Reino Unido considera a lo pagado como dividendos y no intereses si i) el prestatario es el propietario del 75% o más de la prestamista o si prestamista o prestatario pertenecen al menos en un 75% a un tercero, o ii) si todo o parte de lo pagado no se habría pagado a una parte relacionada.⁸⁷

Alemania adoptó un enfoque de esta índole en 1986, con la finalidad de combatir la defraudación fiscal. El Ministerio Federal de Hacienda alemán dictó una circular en la que dispuso que los préstamos de los socios debían reclasificarse como “capital nominal encubierto” en aquellos supuestos de configuración abusiva, es decir, cuando la desproporción entre los activos y el capital fuera “crasa”. El Tribunal Federal Financiero alemán consideró que tal recalificación no tenía base legal alguna, ya que no existía en el Derecho alemán disposición alguna que determine cuál es la proporción que debe existir entre el capital propio y el activo social. Por tal motivo, según el Tribunal, la administración debía probar en cada caso la existencia de una intención fraudulenta por parte de los contribuyentes.⁸⁸

⁸² OECD. *Thin Capitalization*. Reglas adoptadas por el consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 1996, p. 13

⁸³ Rosembuj, Teodoro. *Fiscalidad internacional*, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁴ Ver el capítulo 4, *infra*.

⁸⁵ Vega Borrego, Félix Alberto. “La norma...”, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁶ Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales...”, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁷ Willamson, Gordon y R.A. Garland. *Taxation of Inbound Investment*. Disponible en: <http://publications.gc.ca/collections/Collection/F21-4-96-12E.pdf> (Acceso: 01 de noviembre de 2011).

⁸⁸ Esteve Pardo, María Luisa. “Posibles respuestas...”, *op. cit.*, pp. 253-254.

Austria también lo ha aplicado. En una emblemática sentencia de la Corte Suprema Administrativa austríaca de octubre de 1984 se decidió que si la proporción de capital de una sociedad para propósitos comerciales es inadecuada para propósitos de tributación, parte del endeudamiento con los tenedores de acciones debe ser considerado capital y, en consecuencia, debe negarse su deducibilidad de los intereses correspondientes.⁸⁹

KLOSTERMANN considera que lo que caracteriza a este método es la ausencia de una norma específica relacionada con la subcapitalización. Mientras que la mayor parte de estados contiene disposiciones que se refieren, en particular, a la subcapitalización, quienes aplican este método lo hacen con base en normas generales, basados en sus prácticas administrativas.⁹⁰

Según veremos, el Servicio de Rentas Internas ecuatoriano también aplicó un método similar al austríaco para determinar la existencia de subcapitalización en algunas sociedades ecuatorianas. El objetivo de nuestro trabajo consiste en determinar si es que habría podido hacerlo o no valiéndose de la interpretación de las normas tributarias de acuerdo con su realidad económica. Como explicaremos en nuestras conclusiones, aplicar el método subjetivo para determinar la existencia de subcapitalización no es de recibo en nuestro ordenamiento. Sin embargo, eso no quiere decir que, en ciertas hipótesis, los actos de partes relacionadas que tengan la apariencia de un mutuo no puedan ser sometidos al régimen tributario propio de las aportaciones de capital. Empero, para explicar por qué en este momento sería prematuro. Previamente debemos estudiar la simulación de los negocios jurídicos y el criterio de la realidad económica, lo que haremos en los capítulos que vienen.

1.5.2. *Método objetivo*

El método objetivo se basa en establecer un ratio o coeficiente entre los recursos ajenos y los recursos propios, en virtud del cual se recalifica como dividendos a los intereses pagados que superen dicho coeficiente, o sencillamente no se permite su

⁸⁹ Comisión Europea. Country Survey- Austria. Información hasta diciembre de 2005. Disponible en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/publications/studies/ir_dir_au_en.pdf. (Acceso: 02 de abril de 2012).

⁹⁰ Klostermann, Margret. “*The Consequences...*”, *op. cit.*, p. 9.

deducibilidad.⁹¹ Se conoce a ese ratio como de “apalancamiento de puerto seguro” (*safe-harbour leverage ratio*⁹² o *safe haven*⁹³).

Las normas que consagran este método presuponen que la sociedad se encuentra subcapitalizada una vez que se supera el coeficiente de endeudamiento establecido en ellas.⁹⁴ Suelen consagrar ciertos montos mínimos a partir de los cuales el régimen contra la subcapitalización puede resultar aplicable.⁹⁵ Por ejemplo, en Australia el régimen resulta aplicable si el gasto anual en intereses supera los 250,000 dólares australianos.⁹⁶

Este método puede resultar inflexible. El que se supere el ratio de endeudamiento previsto en la ley no necesariamente implica que tal operación no haya podido suscitarse entre partes relacionadas. Por ese motivo, a manera de ejemplo, el convenio modelo de la OCDE, al referirse a este método, reza que la sociedad puede probar que tal ratio de endeudamiento sí se ajusta al principio de independencia. Es decir, puede demostrar que habría podido obtener el mismo volumen de fondos ajenos de parte de un tercero independiente.⁹⁷ Además, también a manera de ejemplo, la normativa española permite que la administración tributaria y los sujetos pasivos negocien otros ratios de endeudamiento.⁹⁸

Nuestro ordenamiento adoptó el método objetivo.⁹⁹ Según se mencionó, se permite a las sociedades deducir los intereses pagados por los créditos concedidos desde el exterior por partes relacionadas, siempre que la relación entre la deuda y el patrimonio no exceda del 300%.¹⁰⁰

La determinación de ese ratio también presenta problemas. La normativa en Derecho comparado no es uniforme al respecto. Algunos estados, como el Canadá, han

⁹¹ Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales...”, *op. cit.*, p. 6.

⁹² Edgar, Timothy, Farrar, Jonathan and Mawani, Amin. “Foreign Direct Investment, Thin Capitalization, and the Interest Expense Deduction: A Policy Analysis”. *Canadian Tax Journal*, Vol. 56, No. 4, pp. 803-869, 2008. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1297354>. (Acceso: 21 de marzo de 2012).

⁹³ Klostermann, Margret. “*The Consequences...*”, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴ Vega Borrego, Félix Alberto. “*La norma...*”, *op. cit.*, p.19.

⁹⁵ Klostermann, Margret. “*The Consequences...*”, *op. cit.*

⁹⁶ Ernst & Young LLP. *Thin Capitalization Regimes in Selected Countries*. Reporte preparado para el Advisory Panel del Sistema Canadiense de Tributación Internacional, p. 1.

⁹⁷ Vega Borrego, Félix Alberto. “*La norma...*”, *op. cit.*, p.19.

⁹⁸ Palao Taboada, Carlos. “La subcapitalización”, *op. cit.*, p. 703.

⁹⁹ En el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicado en el Registro Suplemento del Registro Oficial No. 209 de 8 de junio de 2010.

¹⁰⁰ Sin embargo, previo a que este método fuera positivado, según se anotó, la administración tributaria ecuatoriana aplicó el método subjetivo en más de una ocasión.

modificado sus ratios en más de una ocasión.¹⁰¹ En otros, como Holanda, se permite que las compañías multinacionales demuestren que su ratio de endeudamiento supera al que se impone a los demás contribuyentes. En tales casos, a las compañías multinacionales no les resultan aplicables las reglas contra la subcapitalización.¹⁰²

1.6. Consecuencias de la subcapitalización

Las soluciones que dan los distintos ordenamientos jurídicos para hacer frente a la pérdida de recaudación derivada de la subcapitalización no son homogéneas.

Para KLOSTERMANN, los distintos ordenamientos tributarios pueden optar por tres alternativas como consecuencia de la subcapitalización:

- Reclasificación de la deuda como capital;
- No deducibilidad del interés; o,
- Reclasificación del interés como dividendos.¹⁰³

No hemos encontrado ejemplos de países cuyos ordenamientos dispongan que frente a una subcapitalización deba reclasificarse a la deuda como capital, a más de Alemania, con ocasión de la circular dictada por su Ministerio de Hacienda, a la que ya nos referimos.

1.6.1. Reclasificación de los intereses como dividendos

Entre otros países, Holanda, Nueva Zelanda, Suecia, Japón y Canadá reclasifican como dividendos a los intereses que se paguen que excedan los ratios de puerto seguro.¹⁰⁴

En España, por ejemplo, si el endeudamiento se eleva “por encima de multiplicar por tres el capital fiscal (...) la consecuencia jurídica es ‘que los intereses devengados que correspondan al exceso tendrán la consideración de dividendos’”.¹⁰⁵

Francia tampoco permite deducir los intereses pagados a una parte relacionada si es que la relación entre la deuda y el capital excede un determinado ratio. Sin embargo, lo

¹⁰¹ Edgar, Timothy, Farrar, Jonathan and Mawani, Amin. “Foreign Direct...”, *op. cit.*, p. 855. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1297354>. (Acceso: 21 de marzo de 2012).

¹⁰² Bongers, Emile. “Tax Court Clarifies Thin Capitalization Rules”. *Tax Notes International, Vol. 50, No. 4*, de 28 de abril de 2008, p.1.

¹⁰³ Klostermann, Margret. “*The Consequences...*”, *op. cit.*

¹⁰⁴ Ernst & Young LLP. *Thin Capitalization Regimes in Selected Countries*. Reporte preparado para el Advisory Panel del Sistema Canadiense de Tributación Internacional, p. 47-48.

¹⁰⁵ Vega Borrego, Félix Alberto. “*La norma...*”, *op. cit.*, p.11.

característico de su régimen es que los intereses pagados a una parte relacionada, a más de lo mencionado, no deben contravenir al principio de plena competencia. Es decir, a más de respetar el ratio impuesto en la normativa, los intereses pagados no serán deducibles si es que las tasas de interés exceden a las del mercado. Si lo superan, tales intereses son reclasificados como dividendos.¹⁰⁶

1.6.2. No deducibilidad del interés

Son varios los estados cuyas reglas contra la subcapitalización impiden la deducibilidad del interés que supere un cierto ratio. Así, por ejemplo, la normativa australiana no permite que sus contribuyentes se deduzcan los intereses pagados a partes vinculadas que excedan una proporción que se determina tomando en consideración, entre otros, el valor de los activos tenidos por ese contribuyente en territorio australiano.¹⁰⁷

En Perú, por ejemplo, el Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, en el numeral 6 de su artículo 21, dispone que, si el nivel de deuda es superior a multiplicar por tres el patrimonio neto del contribuyente, “sólo serán deducibles los intereses que proporcionalmente correspondan a dicho monto máximo de endeudamiento”.¹⁰⁸

Como mencionamos, nuestra normativa contempla una solución similar. En el caso de que la relación entre la deuda y el patrimonio de la sociedad exceda del 300%, los intereses pagados no son deducibles. Sin embargo, se hace algunas distinciones dependiendo de si la sociedad es un fideicomiso mercantil, una sucursal extranjera, una sociedad de hecho o un consorcio de empresas petroleras.¹⁰⁹ A pesar de que los intereses no sean deducibles, debe realizarse sobre ellos la respectiva retención en la fuente de impuesto a la renta.

¹⁰⁶ Ernst & Young LLP. “*Thin Capitalization...*” *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁷ Ernst & Young LLP. “*Thin Capitalization...*” *op. cit.*, p. 1.

¹⁰⁸ Fuentes Acurio, Sandro. “Régimen legal...”, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁹ Según dispone el artículo 30 del RLRTI, los créditos del exterior con partes relacionadas deben cumplir las siguientes condiciones para que los intereses pagados por ellos sean deducibles: para las sociedades, serán deducibles los intereses pagados siempre que la relación entre el endeudamiento externo y su patrimonio no supere el 300%; para las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, esa proporción no puede ser superior al 60%; para las sucursales extranjeras, la relación debe establecerse entre el endeudamiento externo y el patrimonio que le fuera asignado, no considerándose créditos los que les fueran dados por sus casas matrices; para los consorcios de empresas petroleras, en lugar del “patrimonio” debe tomarse en consideración “la diferencia neta entre sus activos y pasivos consorciales”, no constituyendo créditos los que reciban de los integrantes del consorcio; para las sociedades de hecho aplica un régimen similar que el que aplica a los consorcios de compañías petroleras; finalmente, para los fideicomisos mercantiles, en lugar del “patrimonio” debe tomarse en cuenta “la sumatoria de los aportes efectuados por los constituyentes y adherentes”.

Cabe hacer dos acotaciones: la norma antisubcapitalización que actualmente prevé nuestra ley está expresada con base en conceptos económicos, no jurídicos. La segunda acotación es que la administración tributaria glosó a las sociedades a las que hicimos referencia por operaciones acaecidas antes de que esa norma entrara en vigencia.

Recordemos que el Servicio de Rentas Internas concluyó que las operaciones materia de nuestro análisis habían sido simuladas porque daban lugar a una subcapitalización, tomando en consideración que la desproporción entre los recursos ajenos y los recursos propios de las sociedades en cuestión fue enorme, según el criterio de la administración tributaria.

Como ya anticipamos, al finalizar nuestro trabajo explicaremos por qué fue relevante traer a colación la distinción entre el método objetivo y el método subjetivo para determinar la existencia de la subcapitalización y cuáles son sus reglas.

1.7. Excurso: sobre la deducibilidad de los gastos indirectos asignados a las sociedades sin personalidad jurídica

La personalidad jurídica para efectos tributarios no es idéntica a la personalidad jurídica en Derecho común. Primero, porque el Derecho tributario reconoce personalidad jurídica a ciertos entes que no la tienen para efectos distintos a los tributarios. Segundo, porque se reconoce la posibilidad de diferenciar la personalidad jurídica de un mismo sujeto atendiendo al territorio en el que se encuentre, para efectos tributarios. Según el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, son sociedades:

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.

Definir a una clase de sujeto de derecho como, entre otros, aquel que no tiene personalidad jurídica parece no tener sentido. Al parecer, esa norma contiene una suerte de oxímoron. Sin embargo, entendemos que la norma establece que se reconoce personalidad jurídica a ciertos sujetos únicamente para efectos tributarios. Si la persona es un centro de imputación de relaciones jurídicas, sigue que el que estos sujetos tengan personalidad sólo

para efectos tributarios trae como consecuencia que les sean imputables relaciones jurídicas de esa índole únicamente. Por lo tanto, de acuerdo con la norma que hemos traído a colación, ciertos sujetos del Derecho tributario podrían no tener capacidad de goce alguna en materias distintas a la tributaria.

Además, para efectos tributarios se reconoce la posibilidad de que un mismo sujeto “entable relaciones jurídicas entre sí”, dado que, por ejemplo, considera como partes relacionadas, entre otras, a las casas matrices y a sus sucursales, a pesar de que constituyen un solo sujeto, con el fin de que dicho sujeto tribute en cada territorio por las rentas percibidas en los lugares donde tiene sus establecimientos permanentes.

El literal 6-A del artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno permite a las sociedades deducir un cierto porcentaje de los gastos indirectos asignados por sus partes relacionadas. Según esa norma, son deducibles

Los gastos indirectos asignados desde el exterior a sociedades domiciliadas en el Ecuador por sus partes relacionadas, hasta un máximo del 5% de la base imponible del Impuesto a la Renta más el valor de dichos gastos. Para el caso de las sociedades que se encuentren en el ciclo preoperativo del negocio, éste porcentaje corresponderá al 5% del total de los activos, sin perjuicio de la retención en la fuente correspondiente.

El artículo 30 del reglamento dispone, además, que dichos gastos deben corresponder a la actividad generadora realizada en el país, y que no procederá tal deducción si es que no se determina base imponible.

La razón de ser de este apartado es cuestionar, aunque sea de manera breve, por qué el Servicio de Rentas Internas no glosó a las sociedades por haber excedido el monto de gastos indirectos que sus relacionadas les habrían podido asignar, en lugar de haber recurrido a la forzada argumentación que analizamos en este trabajo.

Consideramos que existen tres razones por las que dicha argumentación no habría resultado eficaz:

- Porque, a pesar de ser relacionadas, las sociedades determinadas y sus prestamistas tenían personalidad jurídica diferente, tanto para efectos de Derecho común como para efectos de Derecho tributario.
- Porque en las operaciones materia de nuestro análisis no hubo, en realidad, una asignación de gastos, es decir, las sociedades ecuatorianas no satisficieron gastos

que les correspondían a sus partes relacionadas, sino que, en su lugar, celebraron contratos de mutuo que trajeron como consecuencia la obligación de las sociedades ecuatorianas de pagar capital e intereses a sus relacionadas.

- Porque, incluso bajo el supuesto de que no hubiera existido una personalidad jurídica diferenciada entre las sociedades ecuatorianas y las sociedades en el exterior, esas operaciones habrían surtido para efectos tributarios las consecuencias jurídicas que hubieran tenido lugar si tal operación hubiera sucedido entre sujetos con personalidad jurídica distinta. Es decir, incluso si es que la sociedad extranjera y la ecuatoriana hubieran sido el mismo sujeto, o si la ecuatoriana no hubiera tenido personalidad jurídica, esa asignación de recursos con la obligación de la ecuatoriana de restituir el capital con un interés habría consistido, para efectos tributarios, un préstamo.

Por esos motivos consideramos que si el Servicio de Rentas Internas hubiera pretendido glosar a las sociedades ecuatorianas por haber excedido el monto de gastos indirectos asignados por sus relacionadas, su argumentación habría tenido que ser rechazada, ya que aquello que las sociedades ecuatorianas debían pagar no fueron gastos indirectos asignados, sino las obligaciones propias del contrato de mutuo.

Capítulo II

CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

1. Introducción

El Servicio de Rentas Internas determinó que ciertos negocios jurídicos celebrados entre sociedades ecuatorianas y sus partes relacionadas en el exterior, cuya voluntad declarada –al menos- fue la de celebrar un contrato de mutuo, deben someterse el tratamiento tributario propio de las aportaciones de capital. Llegó a esa conclusión interpretando esos actos jurídicos según su realidad económica.

El criterio de la realidad económica en materia tributaria es un tema que dista mucho de ser pacífico. No existe unanimidad acerca de cuál es su naturaleza jurídica, cuándo resulta aplicable o cuáles son sus alcances.

En este capítulo determinaremos cuál es el origen de esta institución, estableceremos qué es lo que la distingue de los métodos de interpretación y cuáles son las consecuencias de aplicarlo. El objetivo es establecer si su utilización por parte de la administración tributaria en los casos a los que nos hemos referido ha sido adecuada.

Se considera, por lo general, que el criterio de la realidad económica es un método de interpretación de la ley tributaria. Por ese motivo, primero nos referiremos a los métodos tradicionales de interpretación jurídica, para después hacer mención a los métodos de interpretación propios del Derecho tributario. Luego explicaremos por qué el criterio de la realidad económica no es un método interpretativo.

2.2. Interpretación de la ley

Las normas jurídicas están llamadas a ser aplicadas en casos concretos, a pesar de ser abstractas y generales. Su ignorancia no excusa a persona alguna. Sin embargo, para determinar en qué casos y de qué manera debe aplicarse una norma jurídica es menester recurrir a la interpretación. Interpretar la ley es, por tanto, “conocer y adaptar las normas abstractas a los casos singulares; es pasar de lo general a lo particular”.¹¹⁰ Consiste en

¹¹⁰ Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. Parte general y personas*. 14ta ed., t. 1. Temis. Bogotá: 1997, p. 103.

descubrir su real sentido y alcance con relación a los hechos a los cuales se aplica.¹¹¹ “La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”.¹¹²

La labor de interpretar las normas jurídicas no está exenta de dificultades. El legislador recurre al lenguaje para expresar las proposiciones cuyo sentido objetivo es una norma. Sin embargo, aquellas proposiciones de las que puede servirse para expresar una norma pueden dar lugar a equívocos. Por eso, como dice AMATUCCI, la interpretación “elimina la imperfección de la palabra”.¹¹³

La interpretación es siempre una actividad jurídica. Toma en cuenta que las instituciones jurídicas no dependen de su *nomen iuris*, sino de su verdadera esencia jurídica. Por tanto, es necesario otorgar más importancia a la “verdad jurídica objetiva”.¹¹⁴

2.3. Métodos de interpretación

Los intérpretes se valen de distintos métodos para determinar cuál es el verdadero sentido y alcance de la ley, a pesar de que ninguno de ellos ha podido ser elegido como el único infalible. Por tanto, al interpretar la ley se debe utilizar todos los métodos disponibles.¹¹⁵

Los métodos de interpretación admitidos en Derecho son aplicables a la materia tributaria, según prescribe el artículo 13 del Código Tributario. Por ello, es necesario que exponamos los principales métodos de interpretación de las normas jurídicas. Posteriormente nos referiremos a los métodos particulares de la rama tributaria, entre los que se encuentra, según algunos, el criterio de la realidad económica.

2.3.1. Método literal o exegético

El método literal se limita a la interpretación estricta del alcance manifiesto e inequívoco de las palabras empleadas en las normas jurídicas, sin restringir ni ampliar su

¹¹¹ García Vizcaíno, Catalina. *Derecho tributario. Consideraciones económicas y jurídicas. Análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia*. t. 1, 2da ed., Depalma, Buenos Aires, 1999.

¹¹² Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 16ta ed. Porrúa. México: 2009, p. 249.

¹¹³ Amatucci, Andrea. “La interpretación de la ley tributaria”. En: *Tratado de Derecho tributario*. Temis: Bogotá, 2001., t. II, p. 567.

¹¹⁴ García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*

¹¹⁵ Villegas, Héctor Belisario. *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*. 9na ed., Astrea. Buenos Aires: 2005, p. 245.

alcance. Por ello, se recurre a la gramática, a la etimología, a la sinonimia, etc., para analizar los términos normativos.¹¹⁶ Está consagrado en el numeral primero del artículo 18 del Código Civil, que dispone lo siguiente: “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.¹¹⁷

Tiene su origen en los comentarios (*glosase*) que IRNERIO ponía entre las líneas del *Corpus Juris* de Justiniano, a principios del siglo XII, y renació con la expedición del Código francés de 1804.¹¹⁸

El método literal puede no ser idóneo para la materia tributaria, ya que el legislador no es siempre un técnico en ella. Sin embargo, puede ser relevante cuando se lo utiliza razonablemente. Confiere certeza y seguridad jurídica a los particulares.¹¹⁹

La Corte Suprema argentina ha manifestado que los jueces deben sujetarse a la ley, y por tanto no pueden atribuirse el rol de legisladores para crear excepciones no admitidas por éste. Cuando la norma no exige esfuerzo interpretativo la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente consideradas en aquélla.¹²⁰

Sin embargo, como anota VALENCIA ZEA, a pesar de que los métodos de interpretación modernos no condenan la exégesis, dado que las leyes constan de proposiciones gramaticales que es necesario conocer, la labor exegética puede no ser suficiente para determinar el verdadero sentido y alcance de la ley.¹²¹

2.3.2. Método lógico

El método lógico procura establecer el espíritu de la ley o *ratio legis*; determinar qué quiso decir el legislador. Hay que establecer cuál fue la intención objetiva para fijar cuáles son los propósitos y fines de la norma.¹²² Constituye la segunda fase de la interpretación, y resulta necesario aplicarla cuando el método exegético resulte insuficiente, a saber, cuando

¹¹⁶ García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*, p. 170.

¹¹⁷ Además, se considera que el numeral quinto del mismo artículo también consagra este método. Dicho numeral reza que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”.

¹¹⁸ Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. “*Derecho civil...*”, *op. cit.*, pp. 108-109

¹¹⁹ García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*, p. 170.

¹²⁰ García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*, p. 172.

¹²¹ Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. “*Derecho civil...*”, *op. cit.*, p. 113.

¹²² García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*, p. 172.

de la ley se deduzcan varios sentidos, o cuando ésta sea oscura, contradictoria o ininteligible.¹²³

El método lógico puede conducir a una interpretación extensiva o restrictiva. En la primera se atribuye a la norma un significado más extenso que el que surge de las palabras del legislador (*minus dixit quam voluit*). En la segunda se considera que el legislador dijo más de lo que quiso decir (*plus dixit quam voluit*).¹²⁴

El método histórico puede ser uno de los elementos del método lógico. Hay quienes consideran que no se lo puede aplicar a la materia tributaria, dado que ésta se caracteriza por su movilidad. Empero, tampoco se puede dar a las normas un sentido distinto al que tenían cuando se las dictó, porque eso podría contrariar los principios de certeza y de seguridad jurídica ínsitos en el principio de legalidad.¹²⁵

2.3.3. Método sistemático

Finalmente, de la interpretación lógica resulta necesario elevarse a la interpretación sistemática.¹²⁶ Este método hace hincapié en la conexión existente entre todas las normas que forman parte del ordenamiento jurídico.¹²⁷

Según el numeral cuarto del artículo 18 del Código Civil, “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

Dicho numeral indica que las proposiciones de la ley consideradas de manera aislada no bastan para suministrar el verdadero sentido lingüístico, sino que es menester examinar el grupo del que forman parte y al que sirven.¹²⁸

Sobra decir que estos métodos no pueden emplearse de manera aislada. Es así que, para apreciar el espíritu de la ley, SAVIGNY recurría al elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico y el elemento sistemático. El primero tiene por objeto las palabras utilizadas por el legislador; el segundo, la descomposición del pensamiento que unen a sus diferentes partes; el tercero busca determinar el estado del Derecho existente sobre la

¹²³ Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. “Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 114.

¹²⁴ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho tributario...”, *op. cit.*, p. 173.

¹²⁵ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho tributario...”, *op. cit.*, p. 173.

¹²⁶ Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. “Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 124.

¹²⁷ Monroy Cabra, Gerardo. *Introducción al Derecho*. 13ra. ed. Temis. Bogotá: 2003, p. 347.

¹²⁸ Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. “Derecho civil...”, *op. cit.*, p. 125.

materia en la época en que la ley ha sido dada; el sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une a las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta unidad. No puede escogerse entre estos métodos, sino que se los debe utilizar conjuntamente.¹²⁹

2.4. Interpretación de las normas tributarias

La interpretación en el Derecho tributario requiere de un análisis especial. Los hechos impositivos son hechos de sustancia económica y son seleccionados por su idoneidad para manifestar capacidad contributiva. Puede ser que las palabras utilizadas por el legislador no se ajusten al significado que se pretendió darles,¹³⁰ en especial en tratándose de la materia tributaria, en la que el legislador puede carecer de la técnica necesaria para normarla debidamente.

De la misma manera que los autores de la teoría general del Derecho elaboraron métodos interpretativos para las normas jurídicas en general, los doctrinarios del Derecho tributario propusieron sistemas de interpretación que se considera particulares de esa rama.¹³¹ A continuación haremos mención a algunos de esos métodos particulares del Derecho tributario ya que, según anotamos, entre ellos se incluye a la interpretación según la realidad económica.

2.4.1. Interpretación *in dubio contra fiscum*

Con base en un texto célebre de un jurisconsulto romano¹³², se ha dicho que las normas tributarias deben ser interpretadas de manera más favorable para el deudor tributario. Dado que, según el Derecho romano, el pago de tributos era considerado una forma de servidumbre, este método surge como una “consecuencia de una reacción de la equidad”.¹³³

¹²⁹ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho tributario...”, *op. cit.*, pp. 176-177.

¹³⁰ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho tributario...”, *op. cit.*, p. 171.

¹³¹ Godoy, Norberto. “La interpretación de las normas jurídicas tributarias”. En: *Derecho tributario. Doctrinas esenciales 1936-2010*. La Ley. Directora: Susana Camila Navarrine. Buenos Aires: 2010.

¹³² Modestino sostenía que “*non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit*”. Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 329.

¹³³ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 329.

Este método fue también aplicado durante la formación del Estado moderno, donde los tributos no eran aplicados igualitariamente, y posterior el desarrollo del contractualismo, con base en el cual se estimó que los tributos tenían una fuente contractual.¹³⁴

En la actualidad, dado que se considera que las normas tributarias no tienen el carácter de odiosas, GODOY estima que no existe fundamento jurídico alguno para continuar aplicando el método de interpretación mediante el cual las normas tributarias se aplican desfavoreciendo al fisco.¹³⁵

2.4.2. Interpretación *in dubio pro fisco*

El método de interpretación mediante el cual las normas tributarias se aplican favoreciendo al fisco también tiene su origen en el Derecho romano.¹³⁶ En Roma, como dice GODOY, y a pesar de la reacción de ciertos juristas, “aparecieron disposiciones en las que se ordenaba a los jueces que debían considerar la causa del Fisco como favorable”.¹³⁷

Cabe acotar que, como bien anota VILLEGAS, que estas dos últimas instituciones son, en realidad, modalidades y no métodos de interpretación, ya que se refieren a “preconceptos de favorecimiento al fisco o al particular”.¹³⁸

No hay argumento jurídico alguno para adoptar ninguna de las dos modalidades de interpretación. Es decir, en caso de duda, manteniendo todo lo demás constante, el real sentido y alcance de las normas tributarias no tiene por qué beneficiar a los contribuyentes o al fisco.

2.4.3. Interpretación funcional de las normas tributarias

La interpretación funcional de las normas tributarias tiene por principal exponente a GRIZIOTTI, para quien este método tiene por objeto llegar a comprender la esencia de los tributos. Para comprender la esencia de los tributos se debe tratar de aprehender los elementos o principios políticos, económicos, jurídicos y técnicos de cada uno de los gravámenes, “para configurar la función que éstos desempeñan”.¹³⁹

¹³⁴ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 329.

¹³⁵ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 330.

¹³⁶ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 330.

¹³⁷ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, pp. 329-330.

¹³⁸ Villegas, Héctor Belisario. “*Curso de finanzas...*”, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁹ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 332.

Así, por ejemplo, en el elemento fiscal se encuentra “la dirección y el fin fiscal de cada tributo”. El elemento económico-social “consiste en la consideración de las consecuencias que la imposición de un tributo podrá ocasionar a las economías de los posibles contribuyentes”. El elemento jurídico se refiere a “la fuerza de adecuación del elemento económico al político y está dada por ley”. Finalmente, el elemento técnico se refiere a “cuál es la operación más conveniente para la operación del tributo”.¹⁴⁰

2.5. Interpretación según la realidad económica¹⁴¹

Según algunos autores, otro de los métodos de interpretación propios del Derecho tributario es el de la realidad económica. A continuación nos referiremos a sus antecedentes, funcionamiento, fundamento, aplicaciones prácticas, límites y críticas.

2.5.1. Antecedentes

La interpretación según la realidad económica tiene su origen en Alemania. Ante la elusiva actitud de ciertos juristas alemanes que utilizaban figuras del Derecho civil para aminorar sus pagos tributarios, en 1919 se encomendó a Enno Becker la redacción de una ordenanza tributaria para combatir la defraudación fiscal.¹⁴²

El artículo 4 de la ordenanza obra de Becker rezaba que “En la interpretación de las leyes tributarias debe tenerse en cuenta su finalidad, su significado económico y el desarrollo de las circunstancias”. Su artículo 5 rezaba que las obligaciones tributarias no podían ser evitadas mediante el abuso de las formas, “debiendo pagarse en dichos supuestos el impuesto correspondiente a las operaciones económicas efectivamente realizadas”.¹⁴³

Esta institución fue adoptada en Alemania, Francia, Italia y Suiza¹⁴⁴, en un principio.

Además, fue desarrollada por la Escuela de Pavía en Italia, a través de Grizzioti y Vanoti, para luego ser trasladado a la Argentina, mediante Dino Jarach y a México, a través de Pugliese.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 332.

¹⁴¹ Hemos enunciado los apartados de esta sección siguiendo a Héctor Villegas. Cfr. Villegas, Héctor Belisario. “*Curso de finanzas...*”, *op. cit.*, pp. 247-250.

¹⁴² González García, Eusebio. *La interpretación de las normas tributarias*. Aranzandi. Navarra: 1997, p 65.

¹⁴³ Ratto Delgado, Catalina. “El criterio de la realidad económica y la norma VIII del título preliminar del Código Tributario”. *Advocatus* No. 10-2004, p. 318

¹⁴⁴ García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*, pp. 182-183

Cuando Jarach importó a Argentina el criterio de la realidad económica, señaló que la autonomía del Derecho tributario tiene por consecuencia que el impuesto deba ser aplicado a la realidad económica, prescindiendo de las formas jurídicas que sean inadecuadas para ella, exista o no la intención de evadir el impuesto y sin que importe que el criterio resulte favorable al fisco o al contribuyente.¹⁴⁶

2.5.2. Fundamento

Los tributos se fundan en la capacidad contributiva de los particulares. La valoración de esa capacidad contributiva se realiza tomando en consideración la realidad económica. Por tanto, para determinar cuál es el verdadero sentido de la ley, debe recurrirse a esa realidad económica.

La interpretación de las normas tributarias debe tomar en consideración esos elementos manifestativos de capacidad contributiva, que son económicos.¹⁴⁷ Sin embargo, concluir que a las leyes tributarias no les aplica la interpretación jurídica, sino sólo la interpretación económica es, en las palabras de un conocido autor, un “solemne disparate”.¹⁴⁸

2.5.3. Funcionamiento

En principio, los contribuyentes pueden elegir qué tratamiento jurídico dar a sus obligaciones. Hay veces en las que los particulares pueden hacer uso de distintos ropajes jurídicos para un mismo fin. Es por eso que, según Villegas, puede distinguirse entre la intención empírica y la intención jurídica.¹⁴⁹

La intención empírica se refiere a obtener el resultado económico por el que se realiza el acto. En cambio, la intención jurídica se dirige a producir ciertos efectos jurídicos, a fin de que el acto se encuadre en una institución jurídica determinada.¹⁵⁰

El Derecho tributario se interesa por la intención empírica. Por tanto, puede desconocer la intención jurídica si es que las formas jurídicas utilizadas por las partes distorsionan la

¹⁴⁵ Ratto Delgado, Catalina. “El criterio...”, *op. cit.*, p. 318.

¹⁴⁶ Ratto Delgado, Catalina. “El criterio...”, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁷ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, *op. cit.*, p. 247.

¹⁴⁸ Jarach, Dino. *Estudios de Derecho tributario*. Ediciones Profesional. Buenos Aires: 1998, p. 168.

¹⁴⁹ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, *op. cit.*, p. 247.

¹⁵⁰ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, *op. cit.*, p. 247.

realidad, con el objetivo de defraudar al fisco pagando menos tributos de los que habría correspondido pagar.¹⁵¹ Para el efecto, se vale de la interpretación según la realidad económica.

La interpretación según la significación económica permite prescindir del ropaje jurídico inadecuado y aplicar las normas tributarias a la real situación configurada desde el punto de vista económico. No resulta necesario pedir la declaratoria de nulidad o simulación de un acto jurídico. Su objetivo es evitar una evasión total o parcial de tributos mediante el abuso de las formas jurídicas.¹⁵²

Busca llegar a la comprensión de la norma tributaria en su sentido económico, ya que ése es el carácter de los hechos imposables que ésta prevé. Los hechos económicos se refieren a la posesión o traspaso de riqueza que devela la existencia de capacidad contributiva. En segundo lugar, determina cuándo debe tomarse en cuenta la “realidad económica” de ciertos actos y no su mera apariencia, cuando tales actos no revelen en sus aspectos formales su verdadero contenido económico.¹⁵³

Este método de interpretación autoriza a desconocer los actos jurídicos simulados en pos de descubrir la voluntad real de sus intervinientes. En la Argentina, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario reza que se podrá prescindir de las formas jurídicas inadecuadas a las que se acojan los contribuyentes, para tener en cuenta la situación económica real. Se considera que las formas jurídicas son inadecuadas cuando no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes.¹⁵⁴

La doctrina sostiene que puede aplicarse a los tributos cuyo hecho generador se establezca atendiendo a conceptos económicos, más no procede, en principio, en tratándose de tributos cuyo hecho jurídico se refiere a la forma jurídica.¹⁵⁵ Es decir, se sostiene que este método de interpretación no procede cuando el hecho generador se ha definido mediante conceptos jurídicos, no económicos.

¹⁵¹ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, *op. cit.*, p. 248.

¹⁵² García Vizcaíno, Catalina. “Derecho tributario...”, *op. cit.*, p. 183.

¹⁵³ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 333.

¹⁵⁴ Gotlib, Gabriel. *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. De la interpretación de la realidad económica al derecho común*. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, p. 25.

¹⁵⁵ García Vizcaíno, Catalina. “Derecho tributario...”, *op. cit.*, p. 185.

Permite establecer cuándo debe tenerse en cuenta el verdadero contenido económico del hecho imponible (su aspecto substancial) de ciertas operaciones, no tomando en cuenta la mera apariencia que tienen.¹⁵⁶

Como bien advierte JARACH, la consideración económica de las leyes tributarias no es una interpretación opuesta a la jurídica, sino que es “un criterio jurídico que sugiere al intérprete tener en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlos en las normas materiales”¹⁵⁷. Estima que esa especialidad no es un fenómeno exclusivo de la materia tributaria, sino que es también aplicable al Derecho comercial, en general.¹⁵⁸

Es equivocado sostener que el criterio materia de nuestro estudio aplica sólo cuando existe por parte del contribuyente la intención de defraudar al fisco y la efectiva disminución del gravamen, ya que es dable utilizarlo también cuando redunde en un beneficio del primero.¹⁵⁹

GONZÁLEZ GARCÍA advierte, que se debe tener cuidado con confundir los preceptos dirigidos a la interpretación de las normas con los que se refieren a la calificación del hecho generador.¹⁶⁰

2.5.4. Aplicaciones prácticas

GOTLIB estima que el principio de la realidad económica tiene las siguientes aplicaciones prácticas, entre otras:

- *Para relacionar con la intención atribuida al legislador*: en síntesis, se ha aplicado este método de interpretación cuando la aplicación del método exegético, a criterio del intérprete, ha conducido a resultados injustos, por lo que se ha considerado necesario recurrir a la intención del legislador combinándolo con este principio.
- *Para reclasificar las relaciones entre empresas vinculadas*: en el emblemático caso PARKE DAVIS, la Corte Suprema de Justicia argentina desconoció la deducibilidad de los pagos por conceptos de regalías realizadas a favor de la compañía propietaria del

¹⁵⁶ Godoy, Norberto. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 333.

¹⁵⁷ Jarach, Dino. *Finanzas públicas y Derecho tributario*. 3ra. ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires: 1996, p. 394.

¹⁵⁸ Jarach, Dino. “*Finanzas públicas...*”. *op. cit.*, pp. 394-395.

¹⁵⁹ Jarach, Dino. *Estudios de Derecho tributario*. *op. cit.*, p. 168

¹⁶⁰ González García, Eusebio. “*La interpretación...*”, *op. cit.*, pp. 68-69

99,95% del paquete accionario de la primera. En ese caso, concluyó que el criterio de la realidad económica “se impone no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea”.¹⁶¹

Según este criterio, las regalías pagadas a una sociedad controladora, por el solo hecho de ser tal, debían ser consideradas utilidades. Empero, como nos dice GOTLIB, la jurisprudencia argentina modificó su parecer, concluyendo que el principio de realidad económica no tiene especial relevancia cuando existe una completa correlación entre la forma jurídica adoptada por las sociedades y la realidad económica.¹⁶² MARTÍN comparte este criterio. En su decir, en un caso similar al de PARKE DAVIS, si no hubiera intención abusiva alguna, si la sociedad local tuviera una real necesidad de comprometerse al pago de tales regalías y si no existiera dependencia orgánica con el accionista extranjero, la solución no tendría por qué ser la que dio la jurisprudencia argentina.¹⁶³

- *Para establecer la distinción entre deuda y capital:* la jurisprudencia argentina ha recurrido a la interpretación según la realidad económica al momento de determinar si los instrumentos de financiación híbridos deben considerarse deuda o capital. Según GOTLIB, las características consideradas para admitir la existencia de una deuda fueron las siguientes:
 - la razonabilidad de la proporción entre deuda y capital;
 - el otorgamiento de garantías reales;
 - la existencia de una fecha de vencimiento y del efectivo pago a esa fecha;
 - que la cuantía del pago no dependa de la rentabilidad del tomador;
 - la existencia de una tasa de interés razonable;
 - la existencia de vinculación entre las partes;
 - la ausencia de derechos de voto de los otorgantes;

¹⁶¹ Fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia argentina el 31 de julio de 1973.

¹⁶² Gotlib, Gabriel. “*Vicios y mitos...*”, *op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁶³ Martín, José María. “El principio de la realidad económica y los abusos de las estructuras societarias”, en: *Derecho tributario. Doctrinas esenciales 1936-2010*. La Ley. Directora: Susana Camila Navarrine. Buenos Aires: 2010, p. 1174.

- la ausencia de quien libra los recursos con relación a las ganancias del tomador.¹⁶⁴

Siguiendo GOTLIB, este criterio interpretativo se ha aplicado también para establecer la naturaleza jurídica de ciertos negocios jurídicos, prescindiendo de la denominación dada por las partes; para beneficiar a los contribuyentes; y, para dilucidar cuestiones meramente interpretativas.¹⁶⁵

2.5.5. Crisis del criterio de la realidad económica

La interpretación según la realidad económica entraña peligros. Aplicarla puede lesionar los principios de certeza y de seguridad jurídica cuando se la utilice en tratándose de formas jurídicas que no sean manifiestamente inapropiadas para la situación económica configurada.¹⁶⁶ Como explica RATTO, la posibilidad de prescindir de las formas jurídicas utilizadas por los contribuyentes con base a este criterio conlleva a interpretaciones arbitrarias y a la consiguiente violación del principio de seguridad jurídica, entendido como la previsibilidad absoluta de la actuación del Estado por parte de los ciudadanos.¹⁶⁷ GARCÍA NOVOA considera que este criterio interpretativo conduce a un relativismo que conlleva, en la práctica, a la inclusión a nivel legislativo del criterio *in dubio pro fisco*.¹⁶⁸

Irónicamente, la primera “víctima” de la interpretación según la realidad económica fue el propio pueblo alemán, su gestor, una vez que el nacionalsocialismo se instaló en el poder, por la incertidumbre, la inseguridad y la arbitrariedad a las que dio lugar.¹⁶⁹

Para RATTO, los avances doctrinarios dieron lugar al desarrollo del criterio de la realidad económica, como consecuencia de lo cual se sostuvo la necesidad de excluir los métodos de interpretación extrajurídicos, favoreciendo la interpretación jurídica de las normas tributarias.

Según la misma autora, en la actualidad se permite la utilización del criterio de la realidad económica como una herramienta para revelar caso por caso el contenido que en el ámbito fiscal se le otorga a los conceptos jurídicos del Derecho civil. Es decir, lo que

¹⁶⁴ Gotlib, Gabriel. “*Vicios y mitos...*”, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁵ Gotlib, Gabriel. “*Vicios y mitos...*”, *op. cit.*, pp. 28-40.

¹⁶⁶ García Vizcaíno, Catalina. “*Derecho tributario...*”, *op. cit.*, p. 184.

¹⁶⁷ Ratto Delgado, Catalina. “El criterio...”, *op. cit.*, p. 324.

¹⁶⁸ García Novoa, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Marcial Pons. Madrid: 2000, p. 257. Citado por: Ratto Delgado, Catalina. “El criterio...”, *op. cit.*, p. 20

¹⁶⁹ González García, Eusebio. “*La interpretación...*”, *op. cit.*, p. 66.

busca es determinar la naturaleza jurídica de los actos realizados por los contribuyentes, dentro del marco de la teoría general del Derecho y sin excluir los resultados obtenidos aplicando los otros métodos de interpretación jurídica.¹⁷⁰

2.5.6. Críticas

GONZÁLEZ GARCÍA lo considera un método inútil para luchar contra el fraude a la ley. “La forma de luchar contra el fraude de ley –dice, bien en Derecho Civil o en Derecho Tributario, es la misma y no hace falta recurrir a la significación económica para librar este combate, sino que basta con desvelar la verdadera naturaleza jurídica de los contratos”.¹⁷¹

También se ha dicho que el que conste una referencia a la significación económica de las normas es irrelevante por dos motivos: i) porque si tal referencia económica se encuentra ya normativizada, se debe acudir a la letra de la ley; y, porque ii) si la significación económica no está normativizada, el intérprete no podría sustituir la letra de la ley por la realidad económica.

Concluye GONZÁLEZ GARCÍA que “la mención del significado económico de las normas tributarias es papel mojado, una referencia puramente gratuita que carece de relevancia jurídica. No altera en nada la labor del intérprete”.¹⁷²

2.5.7. La interpretación según la realidad económica en el Derecho tributario ecuatoriano

Como mencionamos, nuestro ordenamiento jurídico contempla expresamente el criterio interpretativo de la realidad económica. El primer inciso del artículo 13 del Código Tributario reza que “las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los métodos admitidos en Derecho, teniendo en cuenta los fines de las mismas y su significación económica”.

El Código también norma cómo debe calificarse el hecho generador. El primer inciso del artículo 17 dispone que “Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados”. El segundo inciso de esa

¹⁷⁰ Ratto Delgado, Catalina. “El criterio...”, *op. cit.*, p. 324

¹⁷¹ González García, Eusebio. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 67.

¹⁷² González García, Eusebio. “La interpretación...”, *op. cit.*, p. 66.

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

La jurisprudencia así lo ha interpretado. En el juicio MANEXPO, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia sostuvo que

Al referirse al hecho generador el legislador ha dispuesto que deberá ser calificado ‘conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica’ cuando consiste en un acto jurídico y atendiendo a ‘las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen’ cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos.¹⁷³

En ese caso, la Sala estimó que los gastos efectuados por el contribuyente debían interpretarse según su significación económica, como consecuencia de lo cual podían ser deducidos de la base imponible del impuesto a la renta, aun si, en su declaración, el contribuyente, por error, consignó esos rubros en el casillero equivocado.

Los conceptos básicos de las Normas Ecuatorianas de Contabilidad¹⁷⁴ rezan que la contabilidad y la información financiera deben basarse en la realidad económica de las transacciones. Eso quiere decir que la contabilidad debe enfatizar la sustancia económica incluso cuando la forma legal difiera de ella.

La verificación de la realidad económica en las transacciones ha sido uno de los requisitos que la jurisprudencia ha impuesto para admitir la deducibilidad de un gasto. En el caso IMPORGAN, la Sala de lo Contencioso Tributario aseveró que “es condición de la admisibilidad del gasto el que se ajuste al postulado de la realidad económica de las transacciones”.¹⁷⁵

2.5.8. Crítica y opinión personales

¹⁷³ Fallo dictado dentro del expediente No. 143-2007, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 89 de 23 de noviembre de 2010.

¹⁷⁴ Aprobadas por la, en ese entonces, Directora del Servicio de Rentas Internas, y publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 291 de 5 de octubre de 1999.

¹⁷⁵ Fallo dictado dentro del expediente No. 127-2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 135 de 26 de abril de 2011.

Estimamos que la utilidad de la interpretación según la realidad económica no justifica la denominación que se le ha dado ni el profuso tratamiento del que ha sido objeto. En nuestro criterio, resulta mayormente inútil y no hay necesidad de darle un tratamiento más meticuloso que el que ya ha recibido. Nuestra opinión, en su mayor parte, no es sino una síntesis de los criterios doctrinarios que expusimos en líneas anteriores. Además, consideramos que la administración tributaria ecuatoriana no ha utilizado adecuadamente esta herramienta.

Como vimos, el artículo 17 del Código Tributario se refiere a dos supuestos distintos: el primero, cuando el hecho generador se califica atendiendo a conceptos jurídicos y, el segundo, cuando se lo califica atendiendo a conceptos económicos. Los efectos del criterio de la realidad económica varían dependiendo de si el hecho generador se delimita con base en conceptos jurídicos o económicos.

Cuando el hecho generador se delimita atendiendo a conceptos jurídicos, basándose en ciertas contribuciones realizadas por la teoría de la simulación de los negocios jurídicos, el criterio de la realidad económica permite aplicar a los actos de los particulares el régimen tributario propio de su voluntad real, independientemente de cuál haya sido su voluntad declarada. La teoría de la simulación de los negocios jurídicos explica y distingue cuál es la diferencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, en lugar de recurrir a la distinción entre la voluntad empírica y la voluntad jurídica, que consideramos insuficiente.

¿Por qué resulta útil? Como veremos a continuación, nuestra normativa podría ser más explícita al determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de que los particulares simulen la celebración de un acto jurídico. Ante la ausencia del criterio de la realidad económica, sería discutible el que los juzgadores o las administraciones tributarias puedan, sin más, desconocer la forma que los particulares decidan dar a sus negocios jurídicos. La utilidad de la interpretación según la realidad económica consiste primordialmente en eso. Es por ese motivo que la normativa española, que antes preveía un artículo similar al inciso segundo del artículo 17 del Código, en la actualidad reza lo que sigue al referirse al criterio de la realidad económica: “en los actos o negocios en los que se produzca la existencia de

simulación, el hecho imponible gravado será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados”.¹⁷⁶

La intención de defraudar al fisco tampoco es el elemento determinante de la procedencia de la interpretación según la realidad económica, porque bajo esa premisa jamás podría ser aplicada en favor de los contribuyentes, y porque querría decir que se la debe utilizar a título de sanción, cuando, en realidad, lo que pretende es develar el acaecimiento de hechos generadores, que deben consistir en manifestaciones de capacidad contributiva. Por tanto, como sostienen Jarach y Villegas, la aplicación de este criterio puede favorecer al fisco y a los particulares y para ello resulta irrelevante el *animus* de los sujetos pasivos.

El segundo efecto relevante del criterio de la realidad económica tiene lugar cuando el hecho generador se delimita atendiendo a conceptos económicos. En esos casos, este criterio autoriza tener en cuenta las situaciones económicas que efectivamente existan, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

Empero, calificar el hecho generador atendiendo a conceptos económicos no es un fenómeno exclusivo de la materia tributaria y no requiere de expresa consagración normativa, más allá de lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 18 del Código Civil, que resulta supletoriamente aplicable a la materia tributaria. Piénsese, por ejemplo, en el Derecho de la competencia, cuyo bien jurídico protegido, régimen de infracciones y lineamientos se determinan fundamentalmente con base en conceptos obtenidos de la teoría microeconómica.

El criterio de la realidad económica no resulta aplicable en hipótesis de fraude o abuso de la ley, o en los casos de utilización indebida de las formas jurídicas, según explicaremos en el capítulo cuarto. Además, como veremos, tampoco es una medida antielusión, pero sí puede ser útil al combatir la evasión tributaria. Para combatir el fraude a la ley y las demás conductas elusivas ilícitas es menester que exista una cláusula antielusión, cuyo objeto es gravar los actos elusivos *como si* se hubiera verificado el hecho generador que se intentó eludir.

¹⁷⁶ Cfr. Flores Arnedo, Agustín. “Negocios anómalos jurídico-tributarios”. *Crónica Tributaria*. No. 78, 1996, p. 64.

Resulta inútil pretender utilizarlo en aquellas hipótesis distintas a la simulación, como cuando las partes dan al acto jurídico que celebran una denominación errada. Si las partes equivocan la denominación jurídica de los actos que celebran, bastará con atender a los elementos esenciales por ellas configurados para determinar cuál es el régimen jurídico que resulta aplicable, sin que el *nomen juris* por el que hayan optado resulte relevante, en lo absoluto.

Es nuestro criterio que la institución materia de nuestro estudio no es un método de interpretación. No tiene por objeto determinar cuál es el alcance de una norma jurídica tributaria, sino determinar cuál es la naturaleza jurídica de un determinado negocio jurídico, es decir, cuál es la tipología en la que se lo debe encasillar, para aplicarle el régimen tributario correspondiente. Por tanto, constituye una herramienta útil en el ámbito fenomenológico, al descubrir qué es lo que los particulares quisieron hacer, pero no al determinar qué es lo que el legislador quiso decir.

CAPÍTULO III

INSTRUMENTOS DE FINANCIAMIENTO

En este capítulo determinaremos cuál es la naturaleza jurídica de algunos de los vehículos a través de los cuales una sociedad puede financiarse. Haremos particular énfasis en el contrato de mutuo y en el contrato de aportación de capital, dado que nuestra hipótesis yace en determinar si es que al primero puede aplicársele el régimen tributario del segundo, interpretándose según su realidad económica.

Empero, también haremos mención a algunos instrumentos de financiamiento híbridos, a efectos de hacer explícita su categorización jurídica y para poder distinguirlos de las instituciones mencionadas más arriba.

Finalmente, expondremos cuáles son las diferencias existentes entre el contrato de mutuo y las aportaciones de capital, para poder determinar cuándo se está en presencia de uno o de otro.

Comenzaremos explicando las características de aquellos instrumentos de financiamiento considerados económicamente como “recursos ajenos”, hasta llegar a los instrumentos paradigmáticos de financiamiento con “recursos propios”.

1. Recursos propios y recursos ajenos

Jurídicamente, es incorrecto distinguir entre recursos propios y recursos ajenos atendiendo a quién sea el financista. Como veremos a continuación, sin importar cuál sea la fuente del financiamiento, verbi gratia, un contrato de mutuo o una aportación de capital, los recursos dados a la sociedad pasan a ser de ésta; es decir, se transfiere el dominio de dichos recursos a su favor. Todos los recursos, una vez aportados por los vehículos que estudiaremos a continuación, pasan a ser de la sociedad. Todos son, jurídicamente hablando, recursos propios de la sociedad.

Empero, desde un punto de vista económico, al analizar las estructuras de capital de las sociedades, se distingue entre capital propio, conformado primordialmente por acciones y títulos análogos, y el capital ajeno, constituidos por títulos representativos de deuda.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Cfr. Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, op. cit., p. 248.

Como expusimos en el primer capítulo, el grado en el que una empresa se apoya en su deuda se denomina apalancamiento.¹⁷⁸ Determinar el grado de apalancamiento óptimo depende de una serie de consideraciones,¹⁷⁹ a pesar de lo cual se debe elegir la estructura de capital que maximice el valor total de los títulos valores que se emita.¹⁸⁰

En los capítulos anteriores analizamos cuáles son los criterios con base en los que se distingue entre recursos propios y ajenos. Algunos de los parámetros que se toma en consideración son, entre otros: la razonabilidad de la proporción entre deuda y capital; el otorgamiento de garantías reales; la existencia de una fecha de vencimiento y del efectivo pago a esa fecha; que la cuantía del pago no dependa de la rentabilidad del tomador; la existencia de una tasa de interés razonable; la existencia de vinculación entre las partes; la ausencia de derechos de voto de los otorgantes; y, la ausencia de quien libra los recursos con relación a las ganancias del tomador.¹⁸¹

En este capítulo pretendemos establecer las diferencias jurídicas que existen entre los instrumentos de financiamiento con recursos ajenos y aquellos vehículos jurídicos que permiten el financiamiento a través de recursos considerados como propios, de acuerdo con conceptos de índole económica. También haremos mención a algunas consideraciones que debería analizar la sociedad que debe decidir si financiarse a través de recursos propios o ajenos.

2. Instrumentos de financiamiento

2.1. Mutuo o préstamo de consumo

2.1.1. Definición

El mutuo o préstamo de consumo está regulado a partir del artículo 2099 del Código Civil. Como dispone ese artículo, “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”. Para ETCHEVERRY, el mutuo es un contrato real mediante el cual una persona, llamada mutuante, transfiere en propiedad a otra, llamada mutuaría, en forma gratuita u onerosa determinada cantidad de bienes

¹⁷⁸ Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, op. cit., p. 25.

¹⁷⁹ Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, op. cit., pp. 247 y ss.

¹⁸⁰ Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, op. cit., p. 451.

¹⁸¹ Gotlib, Gabriel. “*Vicios y mitos...*”, op. cit., p. 40.

fungibles que está autorizada a consumir, contrayendo la obligación de darle igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad, en un cierto tiempo.¹⁸²

Para Ricardo LORENZETTI, el mutuo es uno de los contratos que cumplen una función financiera. “La función financiera dineraria es el aprovechamiento económico del dinero”¹⁸³.

2.1.2. Características

Es un contrato que se perfecciona con la tradición de cosas fungibles y que obliga al mutuuario a restituir otras del mismo género y calidad. Se distingue del préstamo de uso o comodato en que el comodante se obliga a restituir la misma cosa prestada. La distinción entre ambas figuras yace en la fungibilidad del bien con cuya tradición se perfecciona el contrato. LORENZETTI, al referirse al Código de Vélez Sársfield, acota lo siguiente al respecto:

Siguiendo la tradición histórica y la vigente en su época, Vélez trató los contratos que, una vez efectuada la tradición, causan obligaciones de restitución diferenciándolos por el objeto: en el mutuo hay un préstamo de cosas consumibles o fungibles que se agotan con el uso y obligan a restituir otra similar; en el comodato hay un préstamo de cosas no fungibles con facultad de usarla y obligación de restituirla; en el depósito se entrega una cosa para la custodia, con la obligación de restituirla.¹⁸⁴

En palabras de GHERSI, la particularidad de las cosas que el mutuuario debe restituir al mutuante es que son fungibles, es decir, que se consideran intercambiables entre sí.¹⁸⁵ En el mutuo, como explica BORDA, el uso de las cosas produce su perecimiento. Por esa razón el prestatario no puede cumplir con su obligación de restitución sino devolviendo otras cosas de la misma especie y calidad.¹⁸⁶

El paralelismo entre las cosas consumibles y las cosas fungibles es muy frecuente,¹⁸⁷ pero no se puede identificar a ambas categorías de bienes. Las cosas consumibles son aquellas que se extinguen luego de su primer uso natural. Las cosas fungibles, en cambio, son aquellas que tienen el mismo poder liberatorio.

¹⁸² Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y económico*. Contratos. Parte especial. Astrea. Buenos Aires: 1994, p. 167.

¹⁸³ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, t. 3. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires: 2007, p. 359.

¹⁸⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. “*Tratado...*”, *op. cit.*, p. 363-364.

¹⁸⁵ Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial. Figuras contractuales modernas*, t. 1, 2da ed. Astrea. Buenos Aires: 1992, p. 443.

¹⁸⁶ Borda, Guillermo. *Manual de contratos*. 18va ed. Perrot. Buenos Aires: 1998, p. 712.

¹⁸⁷ Borda, Guillermo. “*Manual...*”, *op. cit.*, p. 712.

Sea porque la cosa es consumible o porque es fungible, el que la presta sólo pretende se le restituya otra de la misma especie y calidad; tenga o no conciencia de ello, lo cierto es que se desprende de su propiedad, de la cual pasa a ser titular el mutuario.¹⁸⁸ La forma típica y más frecuente del mutuo es el préstamo de dinero.¹⁸⁹

Si la obligación consiste en restituir bienes distintos, el contrato no será de mutuo.¹⁹⁰

En el criterio de BORDA, es preciso que el mutuante sea dueño de las cosas prestadas. En nuestro ordenamiento, si es que el mutuante no es dueño de las cosas prestadas, se las puede reivindicar mientras no pierdan su identidad.¹⁹¹ Además, como consecuencia de la transferencia de la propiedad, el mutuario asume el riesgo de la cosa.¹⁹² El mutuario debe devolver al mutuante una cantidad de cosas de la misma especie y calidad que la prestada. No puede eximirse de cumplir con su obligación aduciendo que la cosa se perdió por fuerza mayor, dado que las cosas perecen para su dueño.¹⁹³

Es un contrato real ya que para nacer precisa de la tradición de la cosa.¹⁹⁴ Según el artículo 2100 del Código, “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”. Como explica BONIVENTO, el mutuo se perfecciona con la entrega de la cosa prestada.¹⁹⁵ En Argentina, sin embargo, el mutuo comercial es consensual, mientras que el mutuo civil es real.¹⁹⁶

El mutuo es unilateral, porque obliga únicamente al mutuario. El mutuante no contrae obligación alguna, en vista de que el contrato no nace sino hasta que se hace la tradición del bien al mutuario. De este contrato no se desprende, en principio, obligaciones para el mutuante. “Éste se coloca en una actitud completamente pasiva, en espera del cumplimiento de la prestación a cargo del mutuario”.¹⁹⁷

¹⁸⁸ Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 712.

¹⁸⁹ Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 714.

¹⁹⁰ Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 712.

¹⁹¹ Artículo 2105 del Código Civil.

¹⁹² Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 712.

¹⁹³ Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 712.

¹⁹⁴ Ghersi, Carlos Alberto. “Contratos”, op. cit., p. 441.

¹⁹⁵ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 10ma ed. Librería del Profesional. Bogotá: 1992, p. 537.

¹⁹⁶ Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 713.

¹⁹⁷ Bonivento Fernández, José Alejandro. “Los principales...” op. cit., p. 538.

Cierta doctrina argentina sostiene que es el mutuo que es un contrato bilateral imperfecto, porque el prestamista sigue estando obligado a no reclamar la cosa mientras dure el plazo convenido.¹⁹⁸ Para BONIVENTO, el mutuante puede contraer obligaciones, derivadas, por ejemplo, de la mala calidad o de los vicios ocultos de la cosa prestada.¹⁹⁹

Sin embargo, el mutuo puede ser un contrato oneroso. Será oneroso si es que reporta beneficios a ambas partes del vínculo jurídico, como ocurre con el préstamo de dinero con interés. Caso contrario, el mutuo es un contrato gratuito. Además, es un contrato nominado y típico.

Según LORENZETTI, el mutuo es un contrato conmutativo, ya que las ventajas y las pérdidas de celebrarlo son conocidas al momento de celebrar el contrato.²⁰⁰

En tratándose del mutuo con interés, el Código regula su monto, a falta de estipulación de las partes al respecto²⁰¹, y prohíbe el anatocismo.²⁰²

2.1.3. Elementos tipificantes

De acuerdo con la doctrina argentina, los elementos tipificantes del contrato de mutuo son los siguientes:

- La entrega de una cosa consumible o fungible, como elemento de perfeccionamiento del contrato;
- La autorización para consumir, que supone transferir el dominio de la cosa;
- La obligación de restituir igual cantidad, especie y calidad, a la que deben agregarse los intereses si el mutuo es dinerario y oneroso.
- La existencia de un plazo en la obligación de restituir.

Sobre el último elemento, de acuerdo con nuestra normativa, la fijación de un plazo dentro del cual se torna exigible la obligación de restitución no es, en realidad, un elemento esencial del contrato de mutuo, sino un elemento natural. De acuerdo con el artículo 2013, “si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo sino después de

¹⁹⁸ Borda, Guillermo. “Manual...”, op. cit., p. 713.

¹⁹⁹ Bonivento Fernández, José Alejandro. “Los principales...” op. cit., p. 538.

²⁰⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis. “Tratado...”, op. cit., p. 370.

²⁰¹ Según el artículo 2210, “Si se estipulan en general intereses, sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales”.

²⁰² Artículo 2213 del Código Civil.

los diez días subsiguientes a la entrega”. Por tanto, al no fijar plazo para el pago, el contrato no deja de ser de mutuo, sino que la ley suple la omisión de las partes.²⁰³

2.2. Obligaciones

Las sociedades pueden emitir distintos títulos valor para obtener recursos del público. Cuando los instrumentos comprometen el pasivo de la sociedad, se denominan obligaciones o papel comercial, dependiendo de su vencimiento. Según el artículo 160 de la Ley de Mercado de Valores, “obligaciones son los valores emitidos por las compañías anónimas, de responsabilidad limitada, sucursales de compañías extranjeras domiciliadas en el Ecuador u organismos seccionales que reconocen o crean una deuda a cargo de la emisora”. Si es que el título tiene un vencimiento menor a los 360 días, se denomina papel comercial, según el mismo artículo.

En principio, el pago de las deudas en las que incurra una sociedad con motivo de la emisión de obligaciones no depende de su gestión o resultados. Esos títulos valor serán redimibles a su vencimiento, y deberá pagarse a sus tenedores el importe del capital expresado en el título más la respectiva tasa de interés.

Por regla general, a pesar de que existan diferencias jurídicas entre ellas, los préstamos y el financiamiento a través de la emisión de títulos valor presentan muchas características similares, por lo que es dable categorizar a ambas clases de financiamiento como recursos ajenos. Ni los adquirentes de títulos valor ni los mutuantes tendrán, en principio, injerencia alguna sobre la administración de la sociedad, y la existencia de su crédito no estará supeditada a la condición de que la sociedad genere beneficios. Sin embargo, es un craso error jurídico sostener que el financiamiento a través de la emisión de obligaciones *es* un préstamo por parte de terceros, por las razones que ya hemos anotado.

Los requisitos para poder obtener financiamiento a través de contratos de mutuo o a través de la emisión de obligaciones en el mercado bursátil difieren ostensiblemente. La emisión de valores en el mercado bursátil debe cumplir con una serie de requisitos, entre los que se incluye calificar el riesgo de la emisión, constituir garantías, inscribir los títulos

²⁰³ Además, según el artículo 2104, si se hubiere establecido que el mutuante debe pagar cuando le sea posible, el juez puede, atendidas las circunstancias, fijar un término para el efecto.

en el Registro de Mercado de Valores y en la respectiva bolsa de valores, contratar una casa de valores, etc.²⁰⁴

En materia financiera, los valores de este tipo son considerados de renta fija.²⁰⁵ Las obligaciones, a pesar de ser títulos de renta fija, están expuestos a una serie de riesgos, tales como el riesgo de liquidez, que se refiere a la dificultad de vender el título, si se desea; el riesgo de rescate, que consiste en el riesgo de que una obligación sea retirada antes de la fecha de vencimiento programada; el riesgo de poder adquisitivo, que se refiere a los efectos de la inflación en la utilidad de los bonos, ya que si la tasa de inflación supera el rendimiento de las obligaciones no constituirán una inversión rentable, etc.²⁰⁶

2.3. Préstamos de los accionistas

Al normar el contrato de mutuo, el Código Civil no hace distinción alguna atendiendo a cuál sea el sujeto que realice el préstamo. Por tanto, los préstamos que una sociedad reciba por parte o realice a favor de uno de sus accionistas no tendrían efectos jurídicos distintos en materia civil que los de cualquier otro contrato de mutuo, en principio. Sin embargo, en materia societaria y tributaria los préstamos entre sociedades y sus accionistas pueden no tener el mismo tratamiento que los préstamos recibidos por u otorgados a un tercero independiente.

En materia tributaria, los préstamos otorgados por una sociedad se consideran dividendos, sobre los que debe practicarse la respectiva retención en la fuente, cuando proceda.²⁰⁷

En las resoluciones que hemos analizado, el Servicio de Rentas Internas ha dado a préstamos otorgados por partes relacionadas a sociedades residentes en el país el tratamiento tributario propio de las aportaciones de capital.²⁰⁸

²⁰⁴ Los requisitos que debe observar una compañía anónima para emitir obligaciones están contemplados en la resolución de la Superintendencia de Compañías No. 10 publicada en el Registro Oficial No. 743 de 05 de agosto de 1987, a pesar de que esa resolución fue expedida con anterioridad a la promulgación de la Ley de Mercado de Valores. La resolución del Consejo Nacional de Valores No. 10 publicada en el Registro Oficial No. 666 de 19 de septiembre de 2002 también norma el trámite de emisión de obligaciones.

²⁰⁵ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. *Fundamentos de inversiones*. 10ma ed. Pearson. México: 2009, pp. 396 y ss.

²⁰⁶ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. “*Fundamentos...*”, *op. cit.*, p. 401.

²⁰⁷ Según el artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el artículo 125 de su reglamento de aplicación.

Los préstamos dados por los accionistas podrían contabilizarse como aportes a futura capitalización, en cuyo caso, según la Norma Ecuatoriana de Contabilidad No. 17, formarían parte del patrimonio de la sociedad.²⁰⁹ Asimismo, de conformidad con la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, los aportes para futuras capitalizaciones son la única cuenta del pasivo que forma parte del patrimonio técnico primario.²¹⁰

Esta clase de negocios jurídicos se encuentra más próxima al concepto de recursos propios que los contratos de mutuo celebrados entre dos partes independientes, dado que los accionistas, por un título distinto al contrato de mutuo, tienen una injerencia en el control de la sociedad y participan, al menos en parte, de las pérdidas en las que ésta incurra, a diferencia de lo que ocurre con un tercero independiente.

3. Obligaciones convertibles en acciones

Existe, sin embargo, la posibilidad de que los tenedores de obligaciones tengan la facultad de convertir sus obligaciones en acciones. Por ese motivo se conoce a dichos títulos valor como “obligaciones convertibles en acciones”. Según el artículo 171 de la Ley de Mercado de Valores, las obligaciones convertibles en acciones “darán derecho a su titular o tenedor para exigir alternativamente o que el emisor le pague el valor de dichas obligaciones, conforme a las disposiciones generales, o las convierta en acciones de acuerdo a las condiciones estipuladas en la escritura pública de emisión”.

Una vez que la obligación es redimible, su tenedor puede optar por convertirse en accionista de la sociedad, en cuyo caso debe emitírsele los títulos de acción que representen el monto de la deuda que la sociedad tiene con él. Es por eso que la decisión de emitir obligaciones convertibles implica simultáneamente la de aumentar el capital de la emisora por lo menos hasta el monto necesario para atender las posibles conversiones.²¹¹ De acuerdo con la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, es

²⁰⁸ Si bien es cierto que los préstamos en cuestión fueron otorgados por partes relacionadas de las sociedades residentes en el Ecuador y no necesariamente por sus accionistas, no es menos cierto que los préstamos dados por un accionista a la sociedad se considerarían a fortiori incluidos dentro del mismo régimen, en la medida en la que cumplan con los requisitos previstos en el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno.

²⁰⁹ Artículo 9 de la Norma Ecuatoriana de Contabilidad No. 17, publicada en el Registro Oficial No. 57 de 13 de abril de 2000.

²¹⁰ Artículo 20 de la Resolución de la Superintendencia de Bancos No. 305 de 5 de julio de 2006. (No ha sido publicada en el Registro Oficial).

²¹¹ Segundo inciso del artículo 171 de la Ley de Mercado de Valores.

menester que la emisión de obligaciones convertibles en acciones no sea dirigida a los accionistas de la sociedad, por lo que, para ser tal, debe ser dirigida a terceros.²¹²

Consideramos que las obligaciones convertibles en acciones están más próximas al concepto de recursos propios que el contrato de mutuo o las simples obligaciones. Si es que el obligacionista decide convertir sus títulos en acciones, adquirirá todos los derechos económicos y políticos que tiene cualquier otro accionista, motivo por el cual sus réditos podrían llegar a depender de los resultados de la sociedad emisora y tendría, también, alguna influencia, al menos, en su dirección.

4. Aportaciones de capital

Una sociedad puede decidir financiarse aumentando su capital, mediante la emisión de nuevas acciones o participaciones. Recurrir de los aumentos de capital como alternativas al crédito dependerá de múltiples circunstancias, relativas unas a la propia empresa y otras a la situación del mercado.²¹³

La ley establece un pormenorizado proceso a seguir en el caso de que se desee aumentar el capital de una sociedad.²¹⁴ Regula también los modos en los que se puede realizar el aumento²¹⁵, el plazo dentro del que se debe cumplir con la obligación de realizar el aporte y cómo se lo debe llevar a cabo.

En tratándose de las compañías anónimas, a las que tomaremos como referencia para nuestro análisis dentro de este numeral, los derechos de los accionistas no son siempre similares. Las acciones que se emite a su favor pueden ser ordinarias o preferidas, cada una con sus particularidades, de modo que unas participan más de la definición de recursos propios que las otras.

Por esa razón, a continuación explicaremos cuál es la distinción entre las acciones preferidas y las acciones ordinarias, ya que las diferencias en los derechos que otorgan a

²¹² Artículo 7 de la Resolución del Consejo Nacional de Valores No. 8 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 8 de marzo de 2007.

²¹³ Sacristán Represa, Marcos. “El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias”. En: *Derecho de las sociedades anónimas*. t. III, vol.1. Coordinador: Alberto Alonso Ureba et. al. Cívitas. Madrid: 1994, p 240.

²¹⁴ Ver, *inter alia*, el artículo 160 y el artículo 181 de la Ley de Compañías.

²¹⁵ Según el artículo 183 de la Ley de Compañías, el pago de las aportaciones que deban hacerse por la suscripción de las nuevas acciones podrá realizarse en numerario, en especie, por compensación de créditos, por la capitalización de reservas o de utilidades o por la reserva o superávit proveniente de la revalorización de activos, con arreglo al reglamento que expedir la Superintendencia de Compañías.

los accionistas traen como consecuencia que, para efectos económicos, unas se consideren en mayor medida recursos propios.²¹⁶

4.1. Acciones preferidas

La Ley de Compañías contempla la posibilidad de que las compañías anónimas emitan acciones preferidas. Como establece el artículo 170 de la Ley de Compañías, “Las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero podrán conferir derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la compañía” . Para GAGLIARDO, “se trata de títulos de crédito de participación que confieren una preferencia patrimonial sobre el patrimonio de la entidad a la que acceden sea en la distribución de beneficios o en la distribución de aquél o bien en ambos a la vez”.²¹⁷

Las acciones preferidas están sujetas a un régimen distinto que las acciones ordinarias. Mientras que las acciones ordinarias dan derecho a voto, los titulares de las acciones preferidas no tienen control alguno sobre la compañía. Sin embargo, tienen un derecho patrimonial más favorable, ya que pueden tener preferencia en el reparto de utilidades y del remanente de la sociedad. Como explica AGUILERA, la limitación sobre el primer respecto es que ese privilegio no puede llegar a ser de tal naturaleza “que excluya a otro u otros accionistas de la participación en los beneficios”.²¹⁸ Además, su monto no puede exceder del 50% del capital suscrito de la sociedad.²¹⁹

La falta de control en la gestión de la sociedad por parte de los titulares de acciones preferidas tiene consecuencias de importancia. Por ejemplo, en materia de competencia económica, la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado considera que se produce una operación de concentración al adquirir las acciones de otro operador económico, salvo si tales acciones tienen el carácter de preferidas.

A pesar de que, al igual que en el mutuo, las acciones preferidas no otorgan derecho alguno a administrar la sociedad, una de las principales diferencias que existen entre ambas figuras es que los réditos a los que tiene derecho el titular de esas acciones sí dependen de

²¹⁶ Aunque, como se habrá notado, no es que el financiamiento *sean* las acciones, sino que resultan de su suscripción y pago.

²¹⁷ Gagliardo, Mariano. *Sociedades anónimas*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, s.f., p. 108.

²¹⁸ Aguilera Ramos, Agustín. “Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas.” *Derecho de sociedades anónimas*, t. II, *Capital y acciones*, vol.1. Coordinador: Alberto Alfonso Ureba et. al. Citivas: 1994. Madrid, p. 169.

²¹⁹ Artículo 171 de la Ley de Compañías.

que la sociedad genere beneficios, a pesar de que, según GITMAN, se las deba considerar títulos de renta fija.²²⁰ Según dispone la parte final del artículo 170 de la Ley de Compañías, es nula toda preferencia que tienda al pago de intereses fijos, de lo que sigue que el titular de las acciones preferidas sí participa de las pérdidas de la sociedad.

4.2. Acciones ordinarias

Las acciones ordinarias son consideradas el vehículo emblemático de financiamiento con recursos propios. El capital de las compañías anónimas está representado en acciones, que confieren a su titular una serie de derechos, tanto políticos como económicos. Para GITMAN, “las acciones ordinarias son una inversión en acciones que representa la participación patrimonial en una corporación”.²²¹

Según el artículo 207 de la Ley de Compañías, son derechos fundamentales del accionista, de los que no puede ser privado, participar en los beneficios sociales, en la distribución del acervo social, e intervenir en las juntas generales y votar. Los titulares de acciones ordinarias no pueden ser privados de su derecho a participar en la gestión de la sociedad, en proporción al capital que representen.

Para BERK, cuando la sociedad decide financiarse recurriendo a capital propio lo hace a través de acciones.²²² El financiamiento a través de acciones es más riesgoso que el financiamiento a través de deuda.²²³

Como explica GITMAN,

La característica de inversión básica de las acciones ordinarias es que permiten a los inversionistas participar de las utilidades de la empresa. Cada accionista es propietario parcial de la empresa y, como tal, tiene derecho a una parte de las utilidades de la misma. No obstante, este derecho sobre los ingresos no está exento de limitaciones porque los accionistas ordinarios son en realidad los **propietarios residuales** de la empresa, es decir, tienen derecho a recibir ingresos por dividendos y una parte de las ganancias de la empresa sólo después de que se hayan cumplido todas las demás obligaciones corporativas.²²⁴

²²⁰ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. “Fundamentos...”, *op. cit.*, p. 9.

²²¹ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. “Fundamentos...”, *op. cit.*, p. 8.

²²² Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, *op. cit.*, p. 451.

²²³ Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, *op. cit.*, p. 451.

²²⁴ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. “Fundamentos...”, *op. cit.*, p. 225.

Esa posición patrimonial, según GITMAN, explica por qué las acciones ordinarias se denominan con frecuencia títulos patrimoniales o capital propio.²²⁵ En palabras de BERK, el capital propio de una sociedad “es el patrimonio o capital de los accionistas de una corporación dividido en acciones”.²²⁶

Sus principales ventajas con respecto a los bonos (obligaciones), según GITMAN, son las enormes oportunidades de financiamiento que ofrecen. Generalmente proporcionan rendimientos atractivos a largo plazo. Otra ventaja es que son fáciles de comprar y vender, y la información financiera sobre su rendimiento está ampliamente difundida.²²⁷

Las principales desventajas de las acciones son que están sujetas a distintos riesgos, dado que las ganancias de la sociedad están sujetas a una serie de factores que influyen en las ventas y en las utilidades. Además, los rendimientos de las acciones están sujetos a amplias variaciones, por lo que es difícil valorarlas y determinar de manera consistente cuáles tienen el mejor desempeño. Otro lado negativo con respecto a los bonos (obligaciones) es que éstos pagan niveles más altos de ingresos corrientes y lo hacen con más certeza.

5. Diferencias entre el contrato de mutuo y las sociedad

Las diferencias entre los contratos de mutuo y los contratos de sociedad, que dan lugar a la obligación de realizar aportes de capital, son reconocidas de manera uniforme por la doctrina.

Para LORENZETTI, el contrato de sociedad y el de mutuo rara vez pueden confundirse. “El mutuo es un contrato de préstamo, mientras que la sociedad es de naturaleza asociativa; en el primero hay una obligación restitutoria, mientras que en el segundo no la hay; en el mutuo no se comparten los riesgos ni las ganancias, lo que sí ocurre en la sociedad.”²²⁸

Cuando un socio es quien entrega el dinero, pero no participa de las pérdidas y se le asegura el reintegro de su capital contra todo evento, habrá préstamo y no sociedad, ya que no habrá *affectio societatis* alguna. Según LORENZETTI, “La solución no varía porque se

²²⁵ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. “Fundamentos...”, *op. cit.*, p. 230.

²²⁶ Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*, *op. cit.*, glosario, G-4.

²²⁷ Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. “Fundamentos...”, *op. cit.*, p. 229.

²²⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis. “Tratado...”, *op. cit.*, p. 372.

estipule un interés relacionado con las ganancias y aun porque el prestamista se asegure alguna dirección en la participación del negocio, lo que debe entenderse más bien como una garantía del préstamo que como un contrato de sociedad propiamente dicho”.²²⁹

Según BORDA, cuando una persona facilita dinero a otra con destino a un negocio social habrá préstamo, y no sociedad, si se le asegura el reintegro de su capital contra todo evento, hay préstamo y no sociedad.²³⁰

Finalmente, para FERNÁNDEZ, “El criterio de distinción para discernir si existe mutuo o se trata de una sociedad, es que quien entrega el dinero no participa de las pérdidas (...) y se asegura el reintegro total del capital entregado, perciba o no intereses”. En su decir, “lo propio se debe decidir aunque el prestamista se hubiera reservado alguna participación en la dirección del negocio, pues ello se debe interpretar más bien como un recaudo de la garantía del préstamo, que como un contrato de sociedad”.²³¹

En palabras del autor argentino, tampoco hay sociedad “cuando una persona entrega una suma de dinero a otra y ésta se obliga a pagarle mensualmente cierta cantidad en concepto de utilidades y, ulteriormente, devolverle el capital” siempre y cuando quien dio el dinero no intervenga en las operaciones y las utilidades a pagar no quedan sujetas al éxito de las mencionadas operaciones.²³²

Puede también encontrarse otras diferencias, no menos importantes. Mientras que el aporte de capital supone el pago de una obligación, el mutuo, como contrato, es una fuente obligacional. Además, el mutuo es un contrato de carácter real, mientras que el contrato de sociedad, que da lugar a la obligación de aportar capital, puede ser, dependiendo del caso, consensual o solemne. Además, la aportación de capital se hace a favor de una sociedad, mientras que el mutuo puede celebrarse entre cualesquier dos sujetos. Las formas en las que se puede aportar el capital están limitadas por la ley. Aquello que puede ser objeto de un contrato de mutuo es más limitado, ya que éste puede celebrarse sobre bienes fungibles. En cambio, la obligación de pagar el aporte puede cumplirse con la dación de bienes incorporeales o bienes corporales, muebles o inmuebles. Además, puede realizarse una aportación mediante una compensación de crédito.

²²⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis. “*Tratado...*”, *op. cit.*, p. 372.

²³⁰ Borda, Guillermo. “*Manual...*”, *op. cit.*, p. 714.

²³¹ Fernández., Raymundo y Oswaldo Gómez Leo. *Tratado teórico-práctico de Derecho comercial*. Tomo III-B. Reimpresión. Depalma. Buenos Aires: 1991, p. 136

²³² Fernández., Raymundo y Oswaldo Gómez Leo. “*Tratado...*” *op. cit.*, p. 136.

CAPÍTULO IV

SIMULACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

1. Introducción

En los dos primeros capítulos explicamos en qué consiste la subcapitalización y el criterio de la realidad económica. También tratamos lo relativo a la naturaleza jurídica de los diversos mecanismos de financiamiento por los que puede optar una sociedad. Expusimos también cuáles son las diferencias entre los elementos esenciales del contrato de préstamo de consumo y las aportaciones de capital.

En este capítulo estudiaremos la simulación, que es, sin duda, uno de los temas más interesantes de la teoría general del negocio jurídico. Sin embargo, esta institución no ha merecido una regulación particular en nuestra normativa civil²³³, por lo que su estudio y su análisis presentan dificultades. Expondremos qué clases de simulación hay y cuáles son sus efectos. Nos es necesario explicarlo para argumentar en favor de nuestra tesis sobre cuál es la utilidad que brinda el criterio de la interpretación según la realidad económica. En resumen, el criterio de la realidad económica faculta a las administraciones tributarias a aplicar a los actos jurídicos de los particulares el régimen tributario que resulta aplicable al acto que se configura según su voluntad real, sin que importe cuál haya sido su voluntad declarada. Empero, no se puede entender por qué resulta relevante dotar al fisco de esa herramienta sin antes explicar cuáles son la naturaleza jurídica y los efectos de la simulación.

Una vez expuestos los aspectos más relevantes de la simulación, la distinguiremos de otros supuestos, como el error en la denominación del negocio jurídico o el fraude.

Finalmente, expondremos nuestra opinión sobre cuál es el régimen de la simulación en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Definición

²³³ Cfr. Díez Duarte, Raúl. *La simulación del contrato en el Código Civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense*. Imprenta Chile. Santiago: 195, p. 7.

La simulación se presenta cuando existe una disonancia entre la voluntad declarada y la voluntad real de los partícipes de un negocio jurídico, con el propósito de engañar a terceros.

La manifestación de voluntad, según VIDAL RAMÍREZ, constituye la esencia misma del acto jurídico, ya que mediante ella se da a conocer la voluntad interna. Sin embargo, la voluntad interna no basta por sí misma, sino que requiere ser manifestada. La simulación ocurre cuando hay una disconformidad entre lo que se declara y lo que se quiere, “entre la voluntad interna y su manifestación”. Su finalidad es presentar un acto jurídico inexistente, no deseado por las partes.²³⁴

Para OSPINA, la simulación consiste en el “concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que ésta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados”. Puede también consistir “en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente”. Finalmente, habrá simulación cuando se camufla a las partes verdaderas con la interposición de un tercero.²³⁵

Otros consideran que la simulación es un vicio de los negocios jurídicos. Para RIVERA, “la simulación es un vicio de los actos jurídicos que presupone un acuerdo de partes en donde se manifiesta una voluntad ficticia distinta de la real, que tiene por finalidad engañar a terceros.”²³⁶ La esencia de la simulación se encuentra en la divergencia consciente entre el negocio simulado y el fin realmente querido por las partes.²³⁷

De acuerdo con el artículo 955 del Código Civil argentino,

La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o se transmiten.²³⁸

3. Requisitos

²³⁴ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. 7ma. ed. Lima: 2007, p. 421.

²³⁵ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 6ta. Ed., Temis. Bogotá: 2000, p. 112.

²³⁶ Rivera, Julio César y Graciela Medina. *Código Civil comentado. Hechos y actos jurídicos*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires: 2007, p. 412.

²³⁷ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “*Código Civil...*”, *op. cit.*, p. 414.

²³⁸ Cfr. Rivera, Julio César y Graciela Medina. “*Código Civil...*”, *op. cit.*, p. 411.

De la definición que hemos expuesto, se desprende que la simulación debe reunir tres requisitos:

3.1. Disonancia entre la voluntad real y la voluntad declarada

El acto jurídico simulado requiere de una disconformidad intencional entre la voluntad de las partes y su manifestación, con el aditamento de que las partes no quieren que ésta sea el reflejo de aquélla.²³⁹

Como dice GARIBOTTO, en la simulación existe un divorcio deliberado entre la voluntad interna y la manifestación de la voluntad, entre lo que realmente se quiere y lo que se expresa querer. Se trata de un divorcio consciente entre la voluntad y su declaración, de modo que la simulación supone siempre el que tal disconformidad sea intencional.²⁴⁰

3.2. Acuerdo entre las partes

Según OSPINA, la simulación presupone siempre la connivencia entre quienes han participado en ella. En su decir, resulta menester la existencia de un acuerdo privado, previo o coetáneo de la declaración pública, y encaminado a privar al acto simulado de todo efecto jurídico o a modificar sus efectos.²⁴¹ Por ese motivo, según el autor colombiano, no habrá simulación si una de las partes no participa a la otra en su intención de privar de efectos al acto declarado, como ocurre en las hipótesis de reserva mental.

El acuerdo simulatorio o contradecларación es el negocio a través del cual se desmiente e invalida el negocio simulado. No complementa el negocio simulado ni lo modifica. Su existencia resulta imprescindible para configurar la simulación.²⁴² GARIBOTTO considera que se requiere una sola declaración. En su decir, no es menester una doble declaración de voluntad, sino que el acto “nace y se perfecciona con la mera realización del acto aparente.”²⁴³

²³⁹ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 421.

²⁴⁰ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico*. Depalma. Buenos Aires: 1991, p. 210.

²⁴¹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 114.

²⁴² Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Bosch. Barcelona: 1993, p. 256.

²⁴³ Garibotto, Juan Carlos. “*Teoría...*”, *op. cit.*, p. 211.

Dado que la disconformidad entre la voluntad de las partes y su manifestación es deliberada, debe existir un acuerdo para simular, “que es el que da contenido a la voluntad interna de las partes y a su verdadera y real intención”.²⁴⁴

El acuerdo simulatorio tiene por contenido establecer cuál será el alcance jurídico efectivo que deben tener las declaraciones de voluntad, el cual, de cualquier manera, es diverso del tendrían esas declaraciones si se las considerara en su tenor literal y objetivo.²⁴⁵ También denominado “contradocumento”, en palabras de Vélez Sársfield, el acuerdo simulatorio “es un acto destinado a quedar secreto, que modifica las disposiciones del acto ostensible”.²⁴⁶ En nuestro sentir, no hay argumento alguno para sostener que el acuerdo simulatorio debe observar formalidades distintas a aquéllas propias del negocio jurídico que contiene.

3.3. Intención de engañar a terceros:

El último requisito de la simulación es que las partes tengan la intención de engañar a terceros. La finalidad de la simulación es el engaño,²⁴⁷ y se conoce a ese móvil como la *causa simulandi*.²⁴⁸ “Si simular es aparentar lo que no es, carece sentido de calificar de *simulada* una actuación que nada oculta a nadie”.²⁴⁹

Dice VIDAL que el acto jurídico simulado supone un “concierto de voluntades para presentar un acto jurídico que no responde a la voluntad interna de las partes y que solo sirve de medio para producir engaño a los terceros”.²⁵⁰

El propósito de engañar es inherente a la simulación, incluso cuando sea un engaño no reprobado por la ley.²⁵¹

4. Simulación lícita e ilícita

Que la simulación tenga por propósito engañar no significa que “la figura aparezca siempre teñida de ilicitud o que sea un mecanismo para obtener ventajas fraudulentas”.²⁵²

²⁴⁴ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. 7ma. ed. Lima: 2007, p. 423.

²⁴⁵ Messineo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, p. 117. Citado por: Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 423.

²⁴⁶ Garibotto, Juan Carlos. “*Teoría...*”, *op. cit.*, p. 224.

²⁴⁷ Maluquer de Motes, Carlos. “*Derecho...*”, *op. cit.*, p. 253.

²⁴⁸ Garibotto, Juan Carlos. “*Teoría...*”, *op. cit.*, p. 213.

²⁴⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁰ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 421.

²⁵¹ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 426.

Puede tener una finalidad claramente inocua²⁵³ o no estar motivada por propósitos vituperables. Puede obedecer a móviles inocentes e incluso respetables, en cuyo caso no es condenable moral o jurídicamente.²⁵⁴ Es por eso que el Código Civil argentino reza que “la simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito”.²⁵⁵

La simulación será ilícita si las partes tienen la intención de perjudicar a un tercero. Algunos consideran que el engaño debe llegar a producirse.²⁵⁶

La relevancia de la clasificación, según la doctrina, consiste en que las partes de un acto simulado no pueden intentar la acción de simulación cuando ésta fuere ilícita.²⁵⁷ Según nuestra jurisprudencia, como veremos a continuación, la simulación ilícita acarrea la nulidad del acto simulado, mientras que la simulación lícita no es contraria a requisito alguno de validez.

5. Clases de simulación

La simulación puede clasificarse atendiendo a cuál haya sido la voluntad real de las partes. Con base en ese criterio se distingue entre la simulación absoluta y la simulación relativa.

El artículo 956 del Código Civil argentino reza que “la simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter”.²⁵⁸

5.1. Simulación absoluta

La simulación absoluta se presenta cuando la voluntad real de las partes es no celebrar negocio jurídico alguno, mientras que declaran celebrar un determinado negocio jurídico. “El concierto simulatorio entre los partícipes se endereza a crear la apariencia engañosa de un negocio *vacuo*, sin contenido real, ya que la intención de los partícipes está llamado (sic) a no producir entre ellos ninguno de los efectos jurídicos simulados”.²⁵⁹ Como explica

²⁵² Maluquer de Motes, Carlos. “Derecho...”, *op. cit.*, p. 253.

²⁵³ Garibotto, Juan Carlos. “Teoría...”, *op. cit.*, p. 211.

²⁵⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “Teoría general...”, *op. cit.*, p. 117.

²⁵⁵ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 423.

²⁵⁶ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “Teoría general...”, *op. cit.*, p. 115.

²⁵⁷ Aunque, como veremos, la normativa argentina sí lo admite, sólo que en casos muy restringidos. Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 424.

²⁵⁸ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 421.

²⁵⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “Teoría general...”, *op. cit.*, p. 112.

RIVERA, “en la simulación absoluta, detrás del negocio simulado no existe ningún negocio real; en este supuesto no se quiere el negocio simulado en su contenido, ni tampoco se quiere ningún otro negocio (...)”.²⁶⁰ Finalmente, para VIDAL, “la simulación es absoluta cuando recae en la existencia del acto jurídico, es decir, cuando no existe voluntad de los sujetos de celebrar el acto jurídico y solo en apariencia lo celebran, por lo que solo existe un acto aparente sin que exista un acto real y verdaderamente celebrado”.²⁶¹

Nuestra jurisprudencia ha sostenido que los actos simulados absolutamente no pueden producir consecuencias jurídicas. Así, en un fallo de la Corte Suprema se sostuvo que unos pagarés que habían sido simulados, no eran comerciales ni podían ser transmitidos por endoso.²⁶²

5.2. Simulación relativa

La simulación relativa se presenta cuando la voluntad real de las partes es la de celebrar un negocio jurídico distinto al que aparentan celebrar. En las simulaciones relativas sí existe un contenido negocial, aunque distinto o disimulado tras una falsa declaración pública sobre la naturaleza o las condiciones de dicho contenido o sobre las partes que intervienen.²⁶³ En ésta existen dos negocios jurídicos, “uno real que permanece oculto o disimulado y otro ficticio que se presenta como celebrado pero que en realidad no se concluye entre las partes”.²⁶⁴

La simulación relativa puede ser de tres clases. Se puede simular, ya sea: las condiciones del negocio, como cuando se declara pactar en una compraventa un precio menor para fines de defraudación fiscal; la naturaleza del negocio, como cuando se declara celebrar una compraventa siendo la intención de las partes celebrar una donación; o lo relativo a la identidad de las partes, como cuando una persona que no desea notoriedad alguna, en el celebrado ejemplo de Jossierand, realiza una donación a través de interpuesta persona.²⁶⁵

Este último supuesto, como explica VIDAL RAMÍREZ,

²⁶⁰ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 421.

²⁶¹ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 430.

²⁶² Fallo de 28 de marzo de 1950, publicado en la Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 10. Pág. 1137.

²⁶³ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “Teoría general...”, *op. cit.*, p. 112.

²⁶⁴ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 421.

²⁶⁵ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “Teoría general...”, *op. cit.*, pp. 112-113.

consiste en que una persona aparezca como celebrante del acto y destinatario de sus efectos cuando en realidad es otra persona, pues el que aparece celebrando el acto es un testafarro u hombre de paja, un sujeto interpuesto ficticiamente ya que el acto realmente se celebra con la otra persona, el interponente, y solo en apariencia se celebra con el interpuesto o testafarro”.²⁶⁶

En tratándose de la simulación relativa, el Código Civil peruano dispone que entre las partes tiene efecto el acto ocultado, “siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero”.²⁶⁷

6. Calificación de la simulación

La calificación de la simulación se refiere a determinar su naturaleza jurídica. Trataremos cuatro teorías: la de la nulidad, la dualista, la monista y la lógica-jurídica.

6.1. Teoría de la nulidad

La teoría de la nulidad postula que el acto simulado es nulo. Considera que la simulación constituye una causal de nulidad, ya que tilda a la simulación de fraudulenta, y sostiene que al acto simulado le faltan dos requisitos indispensables: el consentimiento y la causa.²⁶⁸ Tuvo su apogeo en el derecho intermedio europeo²⁶⁹ y tiene aplicación algunos ordenamientos jurídicos, como el argentino o el peruano²⁷⁰. La jurisprudencia colombiana acogió esa tesis hasta la primera mitad del siglo pasado.²⁷¹ En España, si la simulación se refiere al objeto o a la causa, el “negocio simulado es nulo de pleno derecho por carecer de un elemento esencial”.²⁷²

Para GARIBOTTO, el acto simulado es nulo, ya que carece de una falsa causa, en vista de que las partes de un acto simulado acuerdan alcanzar determinados fines que no son, en realidad, los que se proponen alcanzar.²⁷³

Como dice VIDAL, el acto simulado es nulo, ya que “el acto jurídico debe nutrirse de la voluntad expresada en la manifestación, y no en el acuerdo simulatorio, para la producción de los efectos (...)” Más adelante afirma que “el acto jurídico así simulado, por cuanto la

²⁶⁶ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 436.

²⁶⁷ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 433.

²⁶⁸ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 117.

²⁶⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 117.

²⁷⁰ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 431.

²⁷¹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 117.

²⁷² Maluquer de Motes, Carlos. “*Derecho...*”, *op. cit.*, p. 255.

²⁷³ Garibotto, Juan Carlos. “*Teoría...*”, *op. cit.*, p. 212.

declaración no da contenido a la voluntad interna, no es un acto jurídico, no existe ni puede existir como tal”.²⁷⁴

En un fallo de 1960, nuestra Corte Suprema sostuvo que la simulación de un acto jurídico traía como consecuencia su nulidad.

La doctrina general y el sistema de nuestro Código llevan a la conclusión de que puede ser declarada la nulidad por (...) causa (de la simulación), ya a petición de las partes que celebraron el acto ficticio, ya de terceros afectados por este negocio intrínsecamente inexistente, invalidez derivada de la ausencia de elementos esenciales para la formación de los actos jurídicos, como son el consentimiento y la causa.²⁷⁵

En otro fallo, más reciente, se sostuvo que la simulación acarrea la nulidad únicamente cuando se perjudica ilegítimamente a terceros, ya que en ese caso el acto estaría viciado de una causa ilícita.²⁷⁶

La Primera Sala ha sostenido que quien pretende la nulidad de un acto por simulación absoluta “debe acreditar que en ningún momento existió voluntad negocial alguna entre las partes y que por tanto la escritura pública celebrada es un cascarón vacío una fachada tras la cual no existe nada”.²⁷⁷

6.2. Teoría dualista

La teoría dualista se fundamenta en disposiciones del Código Civil francés. Sostiene que en toda simulación hay dos actos jurídicos interdependientes: el acto ostensible y el acto oculto, cada uno de ellos dotado de sus elementos propios. La solución que dan a la simulación no es la nulidad del acto declarado, sino la prevalencia del acto secreto sobre aquél. Sin embargo -y allí recae su crítica, sí reconoce que la voluntad declarada produce un acto jurídico. La jurisprudencia colombiana ha aplicado dicha teoría fundamentándose en el artículo 1766 del Código Civil colombiano, cuyo texto es idéntico al artículo 1724 de nuestro código, que reza lo que sigue:

Art. 1724.- Las escrituras privadas hechas por los contratantes, para alterar lo pactado en escritura pública, no surtirán efecto contra terceros.

²⁷⁴ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 439.

²⁷⁵ Fallo de 16 de febrero de 1960, publicado en la Gaceta Judicial. Año LXII. Serie IX. No. 10. Pág. 993.

²⁷⁶ Fallo de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicado en la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1308.

²⁷⁷ Fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del expediente 391-56, publicado en el Registro Oficial No. 134 de 3 de agosto de 2000.

Tampoco lo surtirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero.

Nuestra jurisprudencia se también se ha pronunciado a favor de la tesis dualista. En un fallo de 1950, la Corte Suprema sostuvo que la voluntad real de las partes da lugar a un acto que, de cumplir con los requisitos de validez, produce los efectos jurídicos de todo acto jurídico. Además, sostuvo que en la simulación no hay una nulidad, sino una dualidad de contratos.

El contrato secreto es válido y produce los efectos jurídicos de todo acto o declaración de voluntad, si con el (sic) no se violan normas de orden público y buenas costumbres y si existen el consentimiento, la capacidad y el objeto y causa lícitos que conlleva todo contrato legalmente celebrado; doctrina que no halla en la simulación por sí sola una nulidad, sino una mera dualidad de contratos: uno ostensible o aparente y otro efectivo u oculto que sale a luz cuando se demuestra la simulación.²⁷⁸

6.3. Teoría monista

La teoría monista sostiene que en la simulación hay un solo acto jurídico, con la circunstancia de que la exteriorización del consentimiento único se bifurca en dos declaraciones: una, falsa, destinada al público y otra, que intercambian los agentes y que expresa su voluntad verdadera. Esta tesis postula, por tanto, que la solución pertinente sería la de permitir que prevalezca la voluntad real sobre la fingida.²⁷⁹ Sin embargo, no reconoce que la voluntad declarada cree un acto jurídico, al contrario que la tesis dualista. Sin embargo, para OSPINA, la falencia de esa teoría es que no explica cuál debería ser la solución en las hipótesis de simulación absoluta, en las que la voluntad real no importa la celebración de acto jurídico alguno.

6.4. Teoría lógico-jurídica

La teoría lógico-jurídica, propugnada por OSPINA, postula que en todo caso debe prevalecer la voluntad real de las partes. Por lo tanto, en la simulación absoluta no se produce acto jurídico alguno y en la simulación relativa habrá acto jurídico. Como explica el autor colombiano, “la valoración lógica de la simulación relativa se reduce a levantar esa

²⁷⁸ Fallo de 13 de septiembre de 1950 publicado en la Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 12. Pág. 1403.

²⁷⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 122.

máscara que encubre el verdadero acto jurídico, a fin de que este (sic) pueda ser captado y valorado en sí mismo”.²⁸⁰

En la misma línea, como explica LÓPEZ MESA, en la simulación absoluta se da un caso típico de inexistencia, ya que en los actos de esa índole falta el elemento definidor de los actos jurídicos, que es el establecimiento de relaciones jurídicas entre las partes.²⁸¹

7. Efectos de simulación

Determinar cuáles son los efectos de un acto simulado es sumamente problemático. En principio, la solución que se dé con respecto a cuáles son dichos debería depender de la tesis que se adopte con respecto a la calificación de la simulación. Así, por ejemplo, si se adopta la tesis lógico-jurídica, se concluirá que una simulación absoluta no producirá efecto alguno, ni entre terceros ni entre las partes.

Empero, como veremos a continuación, la doctrina estima que la simulación de los negocios jurídicos trae consigo efectos muy particulares, orientados primordialmente a proteger a los terceros de buena fe que habrían podido verse afectados por la aparente celebración del acto declarado.

7.1. Entre las partes

Los efectos entre las partes de un negocio jurídico simulado no varían, sin que importe el que se trate de una simulación absoluta o una simulación relativa. En ambos casos prima entre las partes su voluntad real, sin que importe cuál haya sido su voluntad declarada.²⁸²

Por lo tanto, en una hipótesis de simulación absoluta no se producirá efecto jurídico alguno entre las partes. El acto simulado con simulación absoluta no tiene eficacia entre las partes.²⁸³ En cambio, en la simulación relativa, el acto que nació como consecuencia de la voluntad real de las partes “debe producir entre las partes la plenitud de los efectos pertinentes a su esencia y su naturaleza”.²⁸⁴

²⁸⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 124.

²⁸¹ López Mesa, Marcelo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales en la doctrina y jurisprudencia. La doctrina del negocio jurídico inexistente, su génesis, desarrollo y aplicación práctica*. Depalma. Buenos Aires: 1998, p. 135.

²⁸² Sobre quiénes se consideran partes para estos efectos, véase: Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 126.

²⁸³ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 438.

²⁸⁴ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 127.

7.2. Frente a terceros

El efecto de la simulación relativa y la simulación absoluta, según la doctrina, no siempre es el mismo frente a terceros. Generalmente, como dice OSPINA, “consistirá en que se declare la total ineficacia del acto ficticio o en que se establezca la realidad del acto disimulado, porque las situaciones creadas por el primero o el disfraz del segundo los perjudica”.²⁸⁵

Sin embargo, el interés de los terceros puede no ser el mismo. Puede convenirles que prevalezca la voluntad real, como en el caso de los acreedores de quien realizó una venta ficticia, o pueden preferir que prevalezca la voluntad declarada, como en el caso de quien “ha negociado con las partes fundándose en dicha declaración”.²⁸⁶

La declaración privada resulta inoponible a los terceros de buena fe. La simulación “no puede oponerse a los terceros de buena fe que adquieran la cosa o el derecho de quien, respecto a ellos, aparece legitimado para disponer”.²⁸⁷ Sin embargo, la doctrina sostiene que si bien la declaración privada no puede perjudicar a esos terceros, sí puede favorecerlos. Siendo así, los terceros de buena fe pueden decidir si debe prevalecer la voluntad declarada o la voluntad real. Como dice VIDAL, “la doctrina es uniforme en asumir que los terceros pueden asumir la actitud que más les convenga frente a las partes y, así, podrán hacer valer a su arbitrio el acto aparente o el acto oculto”.²⁸⁸ Según MALUQUER, “la simulación no es oponible a los terceros que de buena fe y a título oneroso adquirieron un bien de quien, en virtud del negocio simulado, aparece como su titular”.²⁸⁹ Éste es uno de los aspectos más interesantes de la simulación, pero “deroga los principios de la lógica jurídica”.²⁹⁰

En el caso de existir conflicto entre terceros sobre si debe prevalecer la voluntad aparente o la real, la doctrina otorga preferencia a los terceros que se acogen a la voluntad aparente. Es decir, “la protección se otorga a quienes los pactos privados les sean *perjudiciales*, con preferencia sobre quienes dichos pactos les *aprovechen*”.²⁹¹

²⁸⁵ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 130.

²⁸⁶ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 130.

²⁸⁷ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 445.

²⁸⁸ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 444.

²⁸⁹ Maluquer de Motes, Carlos. “*Derecho...*”, *op. cit.*, p. 259.

²⁹⁰ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 131.

²⁹¹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 131.

8. Acción de simulación

La simulación crea una situación jurídica aparente que puede generar efectos jurídicos tal como si se tratase de una situación jurídica real. Se requiere, por tanto, de un fallo judicial que declare la situación real y “abra la puerta al tratamiento jurídico que le corresponde”.²⁹²

El objeto de la acción de simulación dependerá de la teoría que se adopte con respecto a cuál es la naturaleza jurídica del acto simulado. Así, por ejemplo, si se acoge la tesis de la nulidad, habrá que solicitar la nulidad del acto simulado. Sobre esta teoría, como explica VIDAL, a pesar de que el acto simulado en la simulación absoluta es inexistente, lo que hace inoficiosa su declaración de nulidad, la acción de nulidad es necesaria a fin de evitar que las partes desconozcan su acuerdo simulatorio o pretendan perjudicar a terceros.²⁹³ Para la doctrina española, “la acción de simulación va dirigida a declarar la nulidad del negocio aparente y, si la simulación es relativa, la subyacencia del disimulado”.²⁹⁴ Como dice GARIBOTTO, “la acción de simulación es la pretensión judicial tendiente a obtener que el magistrado declare simulado y, por tanto, carente de efectos al acto aparente”.²⁹⁵

Si se adopta la teoría lógico-jurídica, en tratándose de la simulación absoluta se buscará que se declare que no ha existido acto jurídico alguno o, en tratándose la nulidad relativa, se buscará que se aplique el régimen legal pertinente al acto realmente querido.²⁹⁶ Como sostuvo un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia, “La acción de simulación (...) tiene por objeto establecer la voluntad real de las partes y hacerla primar sobre la voluntad falsamente, expresada.”²⁹⁷

Hay fallos en los que la jurisprudencia ha optado un enfoque que podríamos calificar de “eclectico”. Se ha sostenido que “La acción de simulación tiene por objeto que (...) se declare o reconozca la inexistencia de una relación jurídica y la existencia de otra distinta

²⁹² Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 132.

²⁹³ El autor peruano no es claro sobre este respecto. Sostiene que la acción de nulidad es innecesaria en tratándose de la simulación absoluta, para sostener, a renglón seguido, que puede ser útil en determinadas circunstancias. Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 440.

²⁹⁴ Maluquer de Motes, Carlos. “*Derecho...*”, *op. cit.*, p. 258.

²⁹⁵ Garibotto, Juan Carlos. “*Teoría...*”, *op. cit.*, p. 219.

²⁹⁶ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 133.

²⁹⁷ Fallo de 3 de diciembre de 1997 publicado en la Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 10. Pág. 2540.

haciendo prevalecer la voluntad real y no la declarada; y, en otros casos, cuando la simulación es ilícita, la nulidad del negocio simulado”.²⁹⁸

Por ser la acción de simulación de índole declarativa, está sujeta a las reglas generales sobre la prescripción extintiva.²⁹⁹

En la normativa argentina el objeto y los requisitos para intentar la acción de simulación varían dependiendo de si es lícita o ilícita, relativa o absoluta. Así, se admite la acción de simulación lícita entre las partes; la acción de simulación ilícita se admite si es que no hay terceros perjudicados y si a las partes no aprovecharía en nada la declaratoria de simulación; y la acción de simulación puede ser intentada por cualquier tercero que se hubiera visto perjudicado, y tiene por efecto “volver las cosas al estado anterior al negocio simulado”.³⁰⁰

9. Diferencia con otras instituciones

9.1. Error

9.1.1. Error como vicio del consentimiento

La simulación y el error como vicio del consentimiento se asemejan en que en ambos supuestos existe una contradicción entre lo manifestado y lo querido por las partes.³⁰¹

Sin embargo, el error como vicio del consentimiento supone una falsa apreciación de la realidad. En cambio, la simulación no supone falsa apreciación alguna, sino el concierto de crear una apariencia de acto con el objetivo de engañar a terceros. La simulación no puede ser, bajo supuesto alguno, una causal de nulidad relativa, como sí lo es el error.³⁰²

9.1.2. Error en el *nomen juris*

²⁹⁸ Fallo de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, publicado el Registro Oficial Suplemento No. 224 de 29 de junio de 2010.

²⁹⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, p. 134.

³⁰⁰ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “*Código Civil...*”, *op. cit.*, p. 430.

³⁰¹ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “*Código Civil...*”, *op. cit.*, p. 416.

³⁰² Con la excepción el error que se refiere a la naturaleza jurídica del negocio jurídico, como cuando una parte cree vender y la otra cree donar. En ese caso, no habría consentimiento y, por tanto, no habría negocio jurídico alguno.

El error en el *nomen juris* consiste en que las partes denominen a los actos jurídicos que celebran de manera incorrecta, sin que eso afecte su validez o su eficacia.

La diferencia con la simulación yace en el lugar que juega el error. En la simulación, se pretende inducir a terceros a una falsa apreciación de la realidad sobre el negocio jurídico que las partes quisieron celebrar, como en las ventas ficticias. En el error en el *nomen juris*, en cambio, la ignorancia jurídica de las partes las lleva a denominar a sus negocios jurídicos de manera indebida.

La distinción, en algunos casos, puede ser sutil. Si dos partes celebran un negocio jurídico intitulado “compraventa”, en el entendido de que, para ser tal, basta con que se la denomine de esa manera, pero quedándoles claro que no es su intención ni exigir ni pagar el precio pactado, ese negocio jurídico, independientemente a cómo se lo haya denominado, no podrá ser una compraventa. No habría simulación alguna, porque no hubo la intención de engañar a terceros y se creyó estar celebrando un contrato de ese tipo.

En cambio, si las mismas dos partes celebraran ese mismo contrato, siendo su intención hacer pensar a los demás que sí hubo un acuerdo sobre cosa y precio, a pesar de que las partes acuerdan que no sea así, habría simulación, y ésta podría ser ilícita, dependiendo de los móviles que se tuviera para el engaño.

En un fallo de tercera instancia, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que un contrato al que las partes calificaron de depósito no era tal, ya que de su texto se desprendía que su intención había sido celebrar un contrato de mutuo.³⁰³ En el análisis de la Corte no se hizo mención alguna sobre la existencia de un acto simulado, sino que simplemente se constató que las partes habían errado al calificar al acto jurídico celebrado por ellas.

9.2. Fraude a la ley

La diferencia entre la simulación y el fraude a la ley, según RIVERA, consiste en que en la simulación hay un acto irreal creado para engañar a terceros, mientras que en el fraude hay un acto real que tiende a perjudicar y resulta inoponible a determinados acreedores.³⁰⁴

³⁰³ Fallo de 21 de noviembre de 1950, publicado en la Gaceta Judicial. Año LV. Serie VII. Nro. 15. Pág. 1721.

³⁰⁴ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 417.

El fraude ocurre cuando se celebra un negocio jurídico al amparo de la ley con la finalidad de obtener un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa.³⁰⁵ La esencia del fraude a la ley tributaria consiste en la obtención de los mismos resultados que la norma eludida se proponía gravar, apoyándose en la letra de otro u otros preceptos dictados con finalidad diferente. El fraude a la ley gravita en la obtención de un resultado equivalente, pero menos gravado, sirviéndose de una norma dictada con distinto propósito o finalidad.³⁰⁶ En el fraude a la ley no se realiza el hecho imponible, pero es *como si* se realizara. “No se oculta su conocimiento a la Administración, pero se fuerza el encaje de una situación dentro de un hecho imponible pensado para contemplar situaciones diferentes”.³⁰⁷

Para resumir, las notas delimitadoras del fraude a la ley son las que siguen:

- Quien obra en fraude de ley no realiza el hecho imponible;
- Aun así, llega a los mismos resultados económicos que la norma tributaria que se proponía gravar;
- Subyace una intención fraudulenta objetivable, ya sea por los mecanismos ideados para burlar la ley, o a través de la menor carga tributaria obtenida, no prevista por el ordenamiento.³⁰⁸

La distinción entre simulación y fraude es tenue. En el fraude no hay intención de crear una falsa apariencia. Los efectos producidos por los actos celebrados son los que las partes han querido, sólo que persiguen un efecto similar al prohibido por otra norma que se busca burlar mediante el acto fraudulento. En cambio, en la simulación, las partes no pretenden que el acto simulado tenga efecto alguno. Además, a diferencia del fraude, la simulación puede no ser ilícita.

9.3. Negocios indirectos

Según RIVERA, se considera negocios indirectos aquellos en los que no existe una correspondencia entre la finalidad perseguida y el medio técnico empleado, es decir, cuando se recurre a “una vía oblicua, transversal para obtener el fin perseguido”.³⁰⁹

³⁰⁵ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*, p. 439.

³⁰⁶ González García, Eusebio. *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*. Arazandi: 2001. El artículo fue transcrito en el Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario No. 12 de noviembre de 2010, p. 12.

³⁰⁷ González García, Eusebio. “*El fraude...*”, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁸ González García, Eusebio. “*El fraude...*”, *op. cit.*, p. 15.

VIDAL trae una descripción distinta, pero no más clara, de negocio indirecto. En su decir, el acto o negocio indirecto “no tiene una finalidad contraria a derecho. Es un acto aparente pero que ha sido realmente celebrado y por el cual, las partes, sin pretender engañar, persiguen su verdadero propósito”.³¹⁰ Considera que mediante los actos indirectos se busca alcanzar una finalidad que no es la inherente o consustancial a la naturaleza del acto celebrado, pero que no es contraria a Derecho.³¹¹

La distinción entre la simulación y los negocios indirectos consiste en que en la primera las partes tienen la finalidad de engañar a terceros, sin que sea su interés que el acto jurídico aparente genere efecto alguno. En cambio, en los negocios indirectos, las partes sí desean que los actos que celebran produzcan los efectos que están llamados a producir, siendo esos efectos lícitos, pero pueden no ser los que el legislador tuvo en mente al crear la figura.

Como explicaremos en nuestras conclusiones, traer a colación el concepto de negocios indirectos resulta importante para explicar el porqué de la insuficiencia de distinguir entre la voluntad empírica y la voluntad jurídica al momento de establecer la utilidad del criterio de la realidad económica.

10. Nuestra opinión

La falta de reglamentación sobre la simulación trae como consecuencia que resulte equívoco determinar cuáles son su naturaleza y sus efectos. La solución doctrinaria dista de la jurisprudencial; no se diga de la legal. Si bien la disposición de nuestro ordenamiento mencionada que regula los efectos de la simulación no sanciona *in limine* a tales actos con su nulidad, sino, simple y llanamente, con su inoponibilidad, la jurisprudencia, valiéndose de argumentos relacionados con la engorrosa institución de la causa de los negocios jurídicos, ha concluido que los actos simulados son nulos si perjudican a terceros, confundiendo las consecuencias de inobservar los requisitos de validez y de existencia de los negocios jurídicos.

La doctrina, con criterios asimismo faltos de uniformidad, ha sido consistente en sostener que el régimen de la simulación debe proteger a los terceros de buena fe, a pesar

³⁰⁹ Rivera, Julio César y Graciela Medina. “Código Civil...”, *op. cit.*

³¹⁰ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, 421.

³¹¹ Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 428.

de que la naturaleza jurídica de las consecuencias derivadas de tal protección genere más de un interrogante y suponga soluciones de *lege ferenda*.

Nuestro criterio es que el régimen civil de la simulación es más sencillo, injusto e incompleto que el que tiene según la jurisprudencia y la doctrina. No encontramos argumento contundente alguno para sostener que la simulación acarrea la nulidad del acto por falta de causa, porque, dejando de lado el nudo gordiano que implica determinar la naturaleza jurídica de la causa, ésa sería, en todo caso, una hipótesis de inexistencia del negocio jurídico.³¹²

Nos adherimos sobre este respecto a la tesis lógica-jurídica que expusimos más atrás. En nuestro sentir, en la simulación absoluta no hay negocio jurídico alguno y en la simulación relativa habrá un negocio jurídico, el realmente querido por las partes.

En tratándose de la simulación relativa, el acto realmente querido por las partes efectivamente debe cumplir con todos los requisitos de validez. Puede ser que el acto querido por las partes sea nulo por causa ilícita, como en efecto lo ha sostenido la jurisprudencia, aunque no con claridad, y sin perjuicio de las objeciones que se ha formulado en torno a la definición y alcance de la causa ilícita.³¹³ En nuestro ordenamiento la ausencia de simulación no es *per se* un requisito de validez, sino que, en ciertas hipótesis, el concierto simulatorio puede ser contrario a la causa lícita, que sí es un requisito de validez.

La causa ilícita sólo podría tener relevancia en las hipótesis de simulación relativa, porque la simulación absoluta no implica la celebración de acto jurídico alguno y no tiene asidero alguno sostener que un acto inexistente es nulo por no cumplir con los requisitos de validez.

El acto aparente no es un acto jurídico, a pesar de que pueda tener efectos un tanto particulares. Empero, consideramos que no es inequívoco el sostener que los terceros de

³¹² La falta de una causa eficiente implica la no existencia del hecho que dio nacimiento al negocio jurídico, a saber, la falta de consentimiento. La falta de causa legal implica, ya sea, la falta de entrega en tratándose de los contratos reales, la falta de animus donandi considerado en abstracto en tratándose de los actos unilaterales y la falta de obligación correlativa en tratándose de los actos bilaterales. En cualquiera de esas tres hipótesis tampoco podría haber negocio jurídico. La falta de causa impulsiva, entendida ésta como los móviles que mueven a las partes a contratar, implicaría que el acto volitivo no tuvo motivación alguna, lo que parece no tener sentido alguno.

³¹³ Sobre una exposición contundente y detallada del anticausalismo, véase: Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. “*Teoría general...*”, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

buena fe puedan optar por acogerse por la voluntad real o la declarada, ya que la ley es clara al establecer que el acto secreto no surte efectos contra terceros. La solución dada por la doctrina sería, sin duda, justa, pero, como es claro, no es tal por el hecho de que deba serla.

Estimamos que tampoco resulta diáfano cuál es el objeto de la acción de simulación. Sin embargo, parece ser verosímil que su propósito sea que se declare mediante sentencia cuál fue la voluntad entre las partes, siendo dable que, incluso, sean las propias partes quienes la inicien, con el efecto de que el otro contratante no pueda exigirles la observancia de las consecuencias jurídicas propias del acto simulado. Por ése y otros motivos la acción de simulación se diferencia de la acción de nulidad. Es también discutible cuál pueda ser la utilidad para los terceros de iniciar la acción de simulación, dado que el acto secreto les es inoponible y tienen a su disposición otros actos tendientes a eliminar los efectos de los actos aparentes que les traigan consecuencias perjudiciales, como lo sería la acción pauliana en tratándose de las ventas de confianza.

Según expondremos más adelante en nuestras conclusiones, la utilidad del criterio de la realidad económica está estrechamente relacionada con la acción de simulación. Más allá de cuál sea su naturaleza jurídica, qué efectos surta con respecto a terceros o cuál sea el objeto de la acción de simulación en la normativa civil, el criterio de la realidad económica manda que la administración tributaria tome en consideración la voluntad real de los particulares sin que le resulte menester incoar acción alguna de simulación. Ése es, nada más y nada menos, el beneficio que trae consigo la consagración de ese criterio interpretativo.

CAPÍTULO V

ECONOMÍAS DE OPCIÓN, ELUSIÓN Y EVASIÓN TRIBUTARIAS

En el segundo y en el cuarto capítulo expusimos cuál es la relación que hay entre el criterio de la realidad económica y la simulación de los negocios jurídicos. Explicamos por qué la utilidad práctica de ese criterio consiste en aplicar a los actos simulados el régimen propio del acto oculto, independientemente de cuál haya sido la voluntad declarada de quienes son parte del acuerdo simulatorio.

En este capítulo explicaremos de qué forma se relacionan las economías de opción, la elusión y la evasión tributarias con la simulación y con el criterio de la realidad económica. Según veremos, habrá casos de economías de opción, elusión o evasión tributarias en los que la simulación y, por ende, el criterio de la realidad económica resulten aplicables y otros casos en los que no. No nos detendremos a estudiar el régimen penal de esos ilícitos, ya que no resultaría relevante para dar respuesta a la hipótesis que planteamos al comenzar nuestro trabajo.

5. Economías de opción

5.1. Definición

Para UGALDE, la economía de opción, también llamada planificación tributaria, “consiste en la facultad de elegir entre varias alternativas lícitas de organización de los negocios o actividades económicas del contribuyente, o incluso de renunciar a la realización de negocios o actividades, todo con el fin de obtener un ahorro tributario”.³¹⁴

La economía de opción posibilita a los contribuyentes revestir su actuación de la forma que le resulte menos gravosa, siempre y cuando dicha forma no resulte anómala con relación al fin perseguido por ellos.³¹⁵

Como explica VILLEGAS, un sujeto se encontrará en una hipótesis de economía de opción válida en la medida en la que aproveche las oscuridades o lagunas de la ley para dedicarse a empresas rentables que le producen una disminución de su carga fiscal.³¹⁶

³¹⁴ Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. *Elusión, planificación y evasión tributaria*. 2da. ed. LexisNexis. Santiago: 2007, p. 53.

³¹⁵ Checa González, Clemente. Interpretación y aplicación de las normas tributarias: análisis jurisprudencial. Lex Nova. Valladolid: 1998, p. 309. Citado por: Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “*Elusión...*”, *op. cit.*, p. 53

GONZÁLEZ GARCÍA considera que las economías de opción son tan legítimas que “carece de interés precisar sus contornos jurídicos”.³¹⁷

5.2. Fundamento

El fundamento de las economías de opción es claro. Según la Corte Suprema de Justicia norteamericana, los contribuyentes no están obligados a elegir la fórmula tributaria más gravosa, ni tienen el deber “patriótico” de elevar sus propios impuestos.³¹⁸ No puede considerarse que el ahorro del impuesto no está permitido por la ley.³¹⁹

Compartimos esa conclusión, pero debemos detenernos a explicar el porqué.

Ontológicamente, manteniendo todo lo demás constante, no hay argumento jurídico alguno para sostener que los particulares están obligados a optar por la vía legal que les suponga una mayor carga tributaria. Independientemente de que resulte conveniente que sea o no así, así es.

Deontológicamente, así debe ser si se reconoce el derecho a la propiedad privada. Ningún ordenamiento jurídico que reconozca y garantice el derecho a la propiedad privada podría exigir a los particulares optar por la vía tributaria más gravosa siempre y en todos los casos.

Los tributos son aquellas prestaciones que debe observarse a favor de los entes acreedores de los mismos con el fin de coadyuvar al Estado a costear las cargas públicas. Deben ser exigidos a todos los particulares, sin distinción, y en función de su capacidad contributiva, entre otros principios.

Empero, *ceteris paribus*, la función del derecho de propiedad no es servir a los intereses del Estado, ni contribuir a costear las necesidades públicas. Su finalidad es facultar a su titular a disponer de los bienes de los que es objeto con la mayor amplitud y libertad jurídicamente posibles, a fin de que con éstos dé satisfacción a sus necesidades.

³¹⁶ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, *op. cit.*, p. 540.

³¹⁷ González García, Eusebio. “El fraude...”, *op. cit.*

³¹⁸ En el caso “Gregory vs. Helvering”, citado por: Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “Elusión...”, *op. cit.*, p. 56.

³¹⁹ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro del impuesto, la elusión fiscal y la evasión”. En: *Tratado de derecho tributario*. Temis. Bogotá: 2001, p. 591.

Los tributos representan una merma a la propiedad de los individuos; propiedad que el Estado está llamado a resguardar y proteger. Es por eso que todos los aspectos que guardan relación con los tributos están sujetos a una muy estricta regulación, que involucra a quién, en qué casos y cuándo se puede crearlos, aplicarlos y recaudarlos, y a qué debe destinarse su producido.

Los ordenamientos jurídicos, reconociendo que dichos gravámenes resultan perniciosos y desfavorables para la propiedad de los contribuyentes, no exigen que se pague por ese concepto más allá de lo que la ley ha establecido, y en el modo en el que ésta lo ha hecho.

Si el ordenamiento jurídico ordenara a los contribuyentes optar por las formas jurídicas más gravosas, la tributación encontraría su límite únicamente en la propiedad de los particulares. Bajo la premisa de que no hay propiedad que no pueda tributar, se habrá tributado cuanto se pueda tributar una vez que no se tenga más propiedad. En otras palabras, si estuviéramos forzados a tributar cuanto podemos tributar, no sería cierto que se protege y se ampara nuestro derecho a la propiedad. No podríamos servirnos de ella, porque, bajo el supuesto de que debemos encontrar un mecanismo para estar forzados a tributar, y dado que siempre habría alguna vía jurídica que nos obligue a una prestación de esa índole, tributaríamos todo lo que podemos tributar; tributaríamos toda nuestra propiedad.

Sostener que los particulares están obligados a observar la vía legal que resulte tributariamente más desfavorable, manteniendo todo lo demás constante, supondría regirse por un paradigma distinto al de un ordenamiento jurídico que protege la propiedad individual.

Sin embargo, la libertad que detentan los particulares para configurar sus negocios de modo de que la tributación les sea lo menos gravosa posible no es absoluta. Esa libertad encuentra su límite en los ilícitos de orden tributario, a los que nos referiremos más adelante.

5.3. Relación con la simulación y la realidad económica

La relación entre las economías de opción y la simulación no es muy estrecha. Las economías de opción aluden a la escogencia de una opción prevista por el legislador y que resulta relativamente menos gravosa para efectos tributarios. La simulación consiste en

aparentar la celebración de un negocio jurídico no querido por las partes, con el afán de engañar a terceros.

El que dichas instituciones no se relacionen no quiere decir que no se puedan aplicar de manera simultánea. Podría darse el caso de que la voluntad real de las partes sea celebrar un acto amparado por un beneficio tributario y que su voluntad declarada sea la de celebrar un negocio jurídico regido por una normativa tributaria más gravosa.

En una hipótesis de esa naturaleza, la administración tributaria, aplicando el criterio de la realidad económica, estaría forzada, muy a su pesar, a aplicar al acto de las partes el régimen tributario más benigno, aquél que debería aplicarse como consecuencia de la hipótesis de incidencia que verificaría el acto realmente querido por ellas.

6. Elusión tributaria

6.1. Definición

La elusión consiste en evitar que un determinado hecho imponible se realice, mediante la utilización de formas jurídicas legítimas, que no se encuentran tipificadas como hecho imponible por la normativa tributaria.³²⁰

Para JARACH, la elusión consiste en la utilización de medios lícitos, tendientes a obtener una reducción de la carga tributaria, los cuales están fuera del ámbito de la normativa penal, por tratarse de medios irreprochables jurídicamente.³²¹ Según VALENZUELA, a través de la elusión se logra una menor tributación a través de maniobras lícitas no contempladas en la ley como alternativa y que sirvan al resultado que se pretende.³²²

Su denominación ha estado precedida de una larga serie de equívocos dado que, por ejemplo, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, las voces “elusión” y “evasión” se identifican.³²³

³²⁰ Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “Elusión...”, *op. cit.*, p. 71.

³²¹ Jarach, Dino. *El hecho imponible*. Abeledo Perrot. Buenos Aires: 1971, p. 119. Citado por: Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. *Elusión, planificación y evasión tributaria*. 2da. ed. LexisNexis. Santiago: 2007, p. 53.

³²² Valenzuela Barahona, Juan Cristóbal. “Elusión tributaria”. *Normas antielusivas y facultades fiscalizadoras otorgadas al Servicio de Impuestos Internos, con relación al impuesto a la renta*. Escuela de Leyes de la universidad de Chile. 2000, p. 36.

³²³ González García, Eusebio. “El fraude...”, *op. cit.*, p. 12.

6.2. Fundamento

Para UGALDE, el fundamento de la elusión tributaria es que no se puede responsabilizar al contribuyente por los defectos de la legislación. Si las leyes tributarias alcanzan a ciertos negocios y no a otros, el contribuyente es libre de evitar que el hecho imponible se realice, recurriendo a las formas no gravadas por el legislador.

Por eso, para SOLER, en el caso de que los contribuyentes opten por organizar sus negocios por vehículos legales no gravados, la administración tributaria no puede incluir en el ámbito de las normas tributarias por analogía a tales operaciones, ni tampoco desestimar a la calificación del negocio concertado entre las partes para identificarlo con los hechos sujetos a imposición.³²⁴

Según JARACH, el fundamento de la elusión fiscal es que “los contribuyentes no están obligados a elegir las formas jurídicas que resultan más caras por el peso de los impuestos que les corresponden”.³²⁵

Como explicaremos más adelante, la libertad de los particulares de optar por mecanismos no gravados opera en tratándose de negocios indirectos, pero no en el caso de negocios jurídicos simulados.

6.3. Características

La elusión tributaria tiene las siguientes características, entre otras:

- Busca evitar que acaezca el hecho generador: una de las características más relevantes de la elusión fiscal es que opera para evitar que se verifique el hecho generador. No habrá elusión tributaria si es que la obligación ya ha nacido.
- Es lícita: que la elusión fiscal sea lícita implica que no incluye a ciertos supuestos de abuso de las formas jurídicas, de fraude a la ley o de simulación ilícita. No habrá elusión si es que no existe una plena coincidencia entre “la exteriorización de la conducta y lo que el contribuyente realmente quiere”.³²⁶

³²⁴ Soler, Oswaldo. *Derecho tributario*. La Ley. Buenos Aires: 2005. Citado por: Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “*Elusión...*”, *op. cit.*, p. 74.

³²⁵ Jarach, Dino. *Estudios de Derecho tributario*. *op. cit.*, p. 402.

³²⁶ Narciso Amorós, citado por: Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “*Elusión...*”, *op. cit.*, p. 74. Más adelante expondremos nuestra opinión sobre la licitud de la simulación.

- Implica la utilización de formas jurídicas no previstas por el legislador: a diferencia de lo que ocurre con la planificación fiscal, en la que los particulares adoptan una de las alternativas que el legislador prevé y que resulta menos gravosa, la elusión fiscal supone utilizar un mecanismo jurídico que el legislador no incluyó dentro del hecho generador que se pretende evitar, por lo que resulta tributariamente más ventajoso.
- Tiene una finalidad económica: como explica UGALDE, la finalidad de la simulación es rebajar la carga tributaria del contribuyente. Incluso, ésa podría ser la única finalidad que el contribuyente persiga mediante el mecanismo elusivo.
- Se fundamenta en la libertad para desarrollar actividades económicas: los contribuyentes pueden organizar sus negocios de forma de pagar menos impuestos, siempre y cuando tal organización sea lícita.

6.4. Licitud de la elusión y las cláusulas antielusión

La mayor parte de la doctrina considera que la elusión es lícita. Sin embargo, como explica González García, la elusión puede ser, ya sea, una conducta lícita amparada por el ordenamiento, en cuyo caso no es necesario atribuirle un nombre específico, o es una conducta que pretende burlar la *ratio legis* de algún precepto del ordenamiento. En estos casos se está en presencia de instituciones tales como el fraude a la ley, el negocio indirecto y la simulación.³²⁷ Nos referimos ya a esas instituciones en el capítulo anterior.

Algunos autores, como KRUSE, identifican a la elusión tributaria con el abuso del Derecho o el fraude de ley. El autor alemán considera ilícito alcanzar el mismo resultado económico que aquél previsto en una norma tributaria pero evitando el nacimiento de la obligación tributaria mediante la realización de un acto fiscalmente irrelevante.³²⁸ En su decir, “la libertad de acción del individuo no es tan amplia para pretender que pueda con actos no permitidos evitar el nacimiento de la obligación legislativamente prevista. La ley tributaria no puede ser eludida por el abuso de las formas jurídicas permitidas por el derecho”³²⁹.

³²⁷ González García, Eusebio. “*El fraude...*”, *op. cit.*, p. 12.

³²⁸ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, *op. cit.*, p. 589.

³²⁹ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, *op. cit.*, p. 592.

En su decir, en vista de que la normativa fiscal no puede ser aplicada analógicamente, la elusión se utiliza como un mecanismo para evitar violaciones directas de las normas tributarias. “La cláusula antielusiva suscita el nacimiento de la obligación tributaria en los términos en que habría surgido si la forma jurídica hubiera sido en verdad concordante con el contenido económico”.³³⁰

Para VILLEGAS, cuando el aprovechamiento de una regulación legal deficiente se da mediante “la simulación o distorsión de la forma jurídica” se está ante una elusión fiscal, que es una conducta antijurídica.³³¹

Habría elusión fiscal si se recurre a formas jurídicas inadecuadas y anormales con relación al acto o negocio jurídico que se pretende llevar a cabo, si se lo hace con el propósito de no pagar un tributo que grava el acto jurídico realmente perseguido, y si ese “ropaje jurídico” no tiene otra explicación que evadir el legítimo gravamen.³³²

Para el autor argentino, simulación y elusión no son plenamente identificables. En sus palabras,

Uno de los grandes méritos prácticos que encierra el criterio interpretativo de la realidad económica es el de proporcionar a los jueces la herramienta indispensable para prescindir de las formas simuladas, sin necesidad de obligar al fisco a ejercer la compleja acción civil de simulación para lograr la anulabilidad del acto y sólo entonces poder descartar la forma jurídica abusivamente empleada.³³³

El abuso consiste en la utilización de medios jurídicos con artificio y engaño que se presenten “no directamente instrumentables respecto a la pretensión de los fines económicos”.³³⁴ Si la sustracción del hecho generador sucede por negligencia o ignorancia de la ley, no resulta aplicable la cláusula antielusión, por lo cual no se tendrá por presumida la verificación de la hipótesis de incidencia.³³⁵

³³⁰ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, op. cit., p. 595.

³³¹ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, op. cit., p. 541.

³³² Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, op. cit., p. 541p. 545.

³³³ Villegas, Héctor Belisario. “Curso de finanzas...”, op. cit., p. 541p. 546.

³³⁴ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, op. cit., p. 595.

³³⁵ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, op. cit., p. 596.

Para que la forma jurídica sea calificada de inadecuada, debe ser “forzada, antieconómica, artificiosa y a menudo ineficaz”.³³⁶ El autor alemán da ejemplos que se enmarcarían dentro de la simulación por interpuesta persona, a la que ya nos referimos en el capítulo cuarto.³³⁷

En la actualidad, de acuerdo con FLORES,³³⁸ la normativa alemana consagra la siguiente cláusula antielusión: “la ley tributaria no podrá ser eludida mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica que ofrece el Derecho. En caso de abuso, nacerá el crédito tributario tal como hubiera nacido con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos”.

Según la normativa española, la elusión se considera un tipo de defraudación tributaria. De acuerdo con el artículo 305 del Código Penal español, se considera una hipótesis de defraudación a la elusión del pago de tributos, y se la sanciona con una pena de prisión de hasta cuatro años.³³⁹

La normativa argentina sanciona la elusión tributaria como una hipótesis de defraudación fiscal, cuando “deba razonablemente juzgarse que ha existido intención de evitar la imposición justa”.³⁴⁰ Sin embargo, como anota GIULIANI FONROUGE, no constituye un acto punible el solo hecho de que el contribuyente recurra a formas o estructuras en “manifiesta discordancia con las que normalmente se usarían en el caso, para disminuir la carga fiscal”.³⁴¹

La jurisprudencia suiza ha sostenido que, en ciertas hipótesis de elusión impositiva, es dable aplicar a los actos de los particulares el régimen tributario acorde “con la realidad de las cosas”, sin aplicar sanciones.³⁴²

Para que la elusión tributaria sea punible, según la doctrina argentina, es necesario que los particulares hagan uso de estructuras manifiestamente inapropiadas para configurar sus

³³⁶ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, op. cit., p. 596.

³³⁷ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, op. cit., pp. 597-599.

³³⁸ Cfr. Flores Arnedo, Agustín. “Negocios anómalos...” op. cit., p. 66.

³³⁹ Martín Queralt, Juan, Carmelo Lozano Serrano y Francisco Poveda Blanco. *Derecho tributario*. Arazandi. 6ta. Ed. Navarra: 2001, pp. 227-228.

³⁴⁰ Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho financiero*, t. II, 9da. ed. Buenos Aires: 2004, p. 600.

³⁴¹ Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho financiero*, op. cit., p. 600.

³⁴² Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho financiero*, op. cit., p. 600.

negocios, que tengan la intención deliberada de disminuir la carga tributaria y la “razonabilidad en la apreciación del factor subjetivo”.³⁴³

6.5. Relación con la simulación y el criterio de la realidad económica

A pesar de que la doctrina no resulta clara, vemos que, según su parecer, la relación entre la simulación, el criterio de la realidad económica y la elusión es estrecha para quienes estiman que la elusión fiscal es ilícita.

VILLEGAS estima que la elusión constituye una hipótesis de simulación que se contrarresta mediante la realidad económica. GIULIANI FONROUGE menciona casos en los que la jurisprudencia ha desconocido las estructuras jurídicas elusivas, consideradas como tales por ser manifiestamente inapropiadas para los fines perseguidos por las partes.

La doctrina alemana, en cambio, no se basa en los conceptos de la simulación para el tratamiento de la elusión fiscal. Su normativa consagra expresamente cláusulas antielusión que permiten aplicar a los negocios jurídicos el régimen tributario que habría debido aplicárseles si la utilización de las formas jurídicas no hubiera sido abusiva, que no significa lo mismo que prescindir del ropaje jurídico para gravar a la voluntad real de quienes celebran dicho acto jurídico.

Más adelante daremos nuestra opinión sobre cuál es la naturaleza jurídica de la elusión fiscal, sobre si es ilícita y sobre cuál es su relación con el criterio de la realidad económica.

7. Evasión tributaria

7.1. Definición

La evasión es el “incumplimiento doloso de las obligaciones tributarias, generalmente acompañado de maniobras engañosas que buscan impedir que sea detectado el nacimiento o el monto de la obligación tributaria incumplida”.³⁴⁴ En palabras de DUMAY, la evasión “consiste en una burla maliciosa e intencionada de la ley, con el propósito de liberarse en todo o en parte de la carga tributaria a la que legalmente se está obligado”.³⁴⁵

³⁴³ Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho financiero*, op. cit., p. 600.

³⁴⁴ Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “*Elusión...*”, op. cit., p. 95.

³⁴⁵ Dumay Peña, Alejandro, *El delito tributario*. Samver. Santiago, p.2. Citado por: Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. “*Elusión...*”, op. cit., p. 74

Para KRUSE, la característica de la evasión tributaria es que se oculta el nacimiento de una obligación tributaria, mientras que en la elusión y en el ahorro del impuesto se impide que nazca.³⁴⁶ No es menester que el fisco sufra un perjuicio, sino que basta con la intención del agente sea el aminorar el pago de tributos efectivamente debidos.³⁴⁷

El núcleo de la conducta evasiva consiste en la

ocultación de rendimientos, bienes y derechos de contenido económico mediante la utilización de documentos material o ideológicamente falsos, la realización de actos o negocios jurídicos que no se corresponden a la realidad efectiva o la obstrucción-destrucción que impide la determinación de la deuda tributaria.³⁴⁸

Habría evasión no sólo cuando se evite totalmente el pago de la prestación tributaria, sino también cuando haya una disminución en el monto debido.³⁴⁹

7.2. Relación con la simulación y la realidad económica

La relación entre la simulación y la evasión fiscal es muy clara. El ocultamiento de los ingresos mediante el cual se busca disminuir el pago efectivamente debido al fisco puede darse mediante estructuras simuladas.

Por ejemplo, si dos sociedades relacionadas decidieran simular celebrar contratos con el fin de aminorar la base gravada de una de ellas, y a pesar de no tener la intención de ejecutar las prestaciones que derivarían de dicho negocio jurídico, se verificaría tanto una simulación ilícita como una hipótesis de defraudación fiscal, ya que mediante tal acto engañoso se buscaría aparentar que el monto de los gastos deducibles de una de dichas sociedades fue menor al que en realidad tuvo.

Sin embargo, no toda evasión tributaria supone una simulación. Si es que un sujeto falsificara comprobantes de venta y los utilizara para intentar justificar gastos en los que nunca ocurrió, sin contar con el concurso de otra persona, cometería una evasión tributaria, pero no habría simulación, ya que no habría concierto simulatorio alguno.

7.3. Relación con la defraudación tributaria

³⁴⁶ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, *op. cit.*, p. 589.

³⁴⁷ Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro...”, *op. cit.*, p. 603.

³⁴⁸ Villegas, Héctor Belisario. “*Curso de finanzas...*”, *op. cit.*, p. 538.

³⁴⁹ Villegas, Héctor Belisario. “*Curso de finanzas...*”, *op. cit.*, p. 538.

Los términos “evasión” y defraudación fiscal no son equivalentes. Es posible advertir una relación de subordinación entre ellos, ya que la evasión está incluida dentro de la defraudación.³⁵⁰

Muchas de las hipótesis de simulación previstas en el Código Tributario lo son también de evasión fiscal, pero no es correcto identificar a ambas instituciones.

Según el artículo 342 del Código Tributario,

Constituye defraudación, todo acto doloso de simulación, ocultación, omisión, falsedad o engaño que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por los que se deja de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero; así como aquellas conductas dolosas que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la administración tributaria.

Las conductas tipificadas no consisten únicamente en la simulación, sino que también involucran la ocultación, la falsedad o el engaño. Para verificar el tipo, además, es menester que haya un tributo realmente debido, por lo que las hipótesis de elusión no estarían cobijadas por la norma.

Además, muchas de las conductas tipificadas como delito no suponen perjuicio alguno al fisco derivado del no pago de tributos, como ocurre con la destrucción de sellos de clausura³⁵¹, la realización de actividades en locales clausurados³⁵², o la venta de alcohol sin embotellar.³⁵³

La simulación está tipificada como delito en distintas hipótesis, como, por ejemplo, cuando se acepta o se emite comprobantes de venta por operaciones inexistentes³⁵⁴ o cuando se simula la celebración de contratos para obtener una exención fiscal.³⁵⁵

8. Nuestra opinión

³⁵⁰ Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho financiero*, op. cit., p. 587.

³⁵¹ Artículo 344.1 del Código Tributario

³⁵² Artículo 344.2 del Código Tributario.

³⁵³ Artículo 344.15 del Código Tributario.

³⁵⁴ Artículo 344.10 del Código Tributario.

³⁵⁵ Artículo 344.12 del Código Tributario.

Determinar cuáles son la naturaleza y las consecuencias jurídicas de las figuras que hemos analizado, a la luz de las disposiciones de nuestro ordenamiento, no es una tarea sencilla.

No hay duda acerca de cuál es el fundamento y en qué consisten las economías de opción. Si el legislador brinda a los particulares más de una opción para configurar sus negocios, no hay motivo alguno por el que éstos no puedan adoptar la forma que les resulte fiscalmente más favorable, dado que los particulares no están obligados a adoptar los vehículos legales más gravosos tributariamente. La relación entre las economías de opción y la simulación es tenue. Pueden ocurrir de manera simultánea, pero ninguna constituye un supuesto o requisito de la otra.

La elusión presenta mayores complejidades. No se discute que la elusión alude a la evitación del acaecimiento de la hipótesis de incidencia, es decir que busca evitar el nacimiento de la obligación tributaria. Sí se discuten su licitud, sus efectos y su relación con la simulación y el criterio de la realidad económica.

La elusión tributaria está estrechamente relacionada con los negocios indirectos, a los que ya nos referimos en el capítulo anterior. Los negocios indirectos son aquellos que, en principio, son lícitos, pero mediante los cuales se persigue una finalidad distinta a la que el legislador tenía en mente al crearlos. La elusión tributaria se verificará cuando los particulares recurran a negocios indirectos con la finalidad de aminorar su carga tributaria.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla normas antielusión que permitan aplicar a los actos jurídicos de los particulares el régimen tributario que les resultaría propio si éstos no hubieran optado por estructuras anormales. Debemos enfatizar que las cláusulas antielusión y el criterio de la realidad económica no son similares. Las cláusulas antielusión suponen la existencia de negocios jurídicos válidos y eficaces, pero indirectos, a los que se aplica un régimen tributario distinto al que, en principio, tendrían, por considerarse que la utilización de tales vehículos legales fue inapropiada, no simulada. En cambio, el criterio de la realidad económica permite aplicar a los actos jurídicos de los particulares el régimen jurídico que les es propio, desconociendo el ropaje jurídico del que se encuentren revestidos.

Por ese motivo estamos en desacuerdo con la opinión de VILLEGAS sobre la relación entre simulación y elusión. Las estructuras elusivas no suponen una simulación, sino la

utilización de negocios indirectos. La intención de las partes en las hipótesis de elusión no es el *engañar* a terceros sobre la existencia de un acto, sino utilizar vehículos jurídicos heteróclitos, pero válidos. En las hipótesis de simulación, el hecho generador que se verifica depende de cuál haya sido la voluntad real de las partes, sin importar cuál haya sido su voluntad declarada. Si su voluntad real fue celebrar un acto que no verifica la hipótesis de incidencia respectiva, no habrá lugar al nacimiento de la respectiva obligación tributaria; si su voluntad real fue verificar tal hipótesis, nacerá la obligación tributaria. Por tanto, mediante la simulación no se puede *evitar* que nazca el hecho generador, porque ese nacimiento dependerá de lo que las partes hayan querido hacer. Sí se puede, en cambio, *ocultar* el nacimiento de la obligación tributaria, en cuyo caso se tratará de una hipótesis de evasión tributaria, no de elusión.

Consideramos necesario que nuestro ordenamiento consagre cláusulas generales antielusión, tal como ocurre con la normativa argentina o la alemana. Como tales, esas cláusulas deberían aplicar en el caso de que la evitación del acaecimiento del hecho generador haya sido indebida. Deberían establecer que el acto con el que se trató de evitar el acaecimiento del hecho generador sea gravado con el tributo cuyo nacimiento se pretendió evitar mediante el uso de formas jurídicas manifiestamente inapropiadas. Incluso, en hipótesis extremas, esas evitaciones deberían constituir ilícitos de carácter penal. Es decir, las hipótesis extremas de elusión fiscal deberían ser ilícitos penales. Pero no lo son.

A pesar de que es discutible, también estamos de acuerdo con que las cláusulas antielusión apliquen sólo cuando haya existido un ánimo reprochable por parte de quienes intentaron evitar la configuración del tributo. Sin embargo, eso no quiere decir que estimemos que las cláusulas antielusivas sean una sanción. La razón por la que las normas antielusión deberían aplicarse en el caso de que los móviles de los contribuyentes hayan sido reprochables es que, de no haber habido la intención de evitar el hecho generador, las partes habrían optado por el vehículo jurídico regular que habría estado gravado por el tributo que, mediante la conducta elusiva, se pretende evitar.

En ausencia de esa norma, y sin perjuicio de que los particulares se encuentren en una hipótesis de simulación o de error en el *nomen juris*, no hay argumento jurídico alguno para aplicar a los actos de las partes un régimen distinto del que les corresponde. Sobra decir que el criterio de la realidad económica no resultaría útil para esos efectos. Cuestión

distinta es aplicar el régimen tributario de la *realidad efectivamente configurada, con prescindencia de su ropaje jurídica* (como ocurre con la realidad económica) a aplicar el régimen tributario *que debió haberse aplicado si no se hubiera utilizado las formas jurídicas indebidamente* (como ocurre con las cláusulas antielusión).

Por tanto, para resumir nuestro punto de vista sobre la elusión, estimamos que en nuestro ordenamiento jurídico es lícita, que no guarda relación con la simulación y que no le resulta aplicable el criterio de la realidad económica. Sin embargo, nuestro ordenamiento sí debería contemplar normas antielusión y, en ciertas hipótesis, la elusión debería estar tipificada penalmente.

La evasión tributaria, a la que ya nos referimos, tiene por acción nuclear el no pago doloso de obligaciones tributarias. Para que exista ese ilícito es menester que se haya verificado el hecho generador del tributo. La evasión puede lograrse a través de estructuras simuladas o cualesquier otros actos de engaño u ocultación.

La evasión y la elusión son conceptos excluyentes. La elusión supone el no nacimiento de obligación tributaria alguna. Por tanto, si es que hubo elusión eficaz, no puede haber nacido obligación tributaria; si no nació obligación tributaria, no se podría cometer evasión alguna.

La evasión fiscal y el criterio de la realidad económica están muy relacionados. La realización de actos simulados puede tener por objeto ocultar la existencia de obligaciones tributarias con el fin de evitar su pago como, por ejemplo, cuando se simula la celebración de contratos para aparentar un gasto deducible que disminuiría el monto del impuesto causado. El criterio de la realidad económica sería útil para desconocer los actos simulados y para aplicar a los particulares el régimen tributario propio de su voluntad real. En el caso que expusimos, la administración tributaria no debería reconocer la deducibilidad de ese aparente gasto, ya que la voluntad real de las partes no habría sido la de celebrar negocio jurídico ni incurrir en gasto alguno.

La evasión tributaria se subsume en el delito de defraudación fiscal. Las hipótesis de evasión fiscal punibles penalmente serán a su vez hipótesis de defraudación fiscal, pero no toda defraudación fiscal supone una evasión de tributos.

Finalmente, como es claro, la existencia de evasión tributaria no da lugar al nacimiento de nuevos tributos, sin perjuicio de las sanciones a las que dé lugar y del resarcimiento debido al Estado por el pago tardío de las acreencias tributarias a las que tiene derecho.

CONCLUSIONES

Nuestro estudio nos ha permitido recabar los elementos de juicio suficientes como para evaluar la hipótesis que planteamos al iniciar nuestro trabajo. Como expusimos, la pregunta a la que pretendemos dar respuesta es la siguiente: ¿faculta el criterio de la realidad económica a las administraciones tributarias a aplicar el régimen tributario propio de las aportaciones de capital a cualesquier fuentes de financiamiento que una sociedad residente en el Ecuador obtenga de sus partes relacionadas en el exterior que hubieren tenido como principal móvil la obtención de beneficios fiscales?

Con base en lo estudiado entre la simulación, la elusión y la subcapitalización, concluimos que no existe relación alguna entre la subcapitalización y la simulación de los negocios jurídicos. La subcapitalización no sanciona la simulación en el financiamiento con recursos ajenos por parte de relacionados; la normativa que la consagra busca contrarrestar los perjuicios que puede sufrir el fisco como consecuencia la desproporción entre recursos propios y ajenos. La subcapitalización no implica una simulación, sino que supone la existencia de recursos de distinta índole, los cuales deben provenir de negocios jurídicos distintos, tales como el mutuo o las aportaciones de capital. La subcapitalización no contrarresta un supuesto engaño al determinar cuál es la naturaleza del financiamiento, sino su desproporción, per se. Las normas contra la subcapitalización, por tanto, pueden coadyuvar a combatir la elusión. Puede haber desproporción entre recursos ajenos y propios sin que exista simulación alguna, así como podría haber simulación sin que haya desproporción entre recursos propios y ajenos. Concluir que de la desproporción sigue una intención de simular no es lógico.

Tampoco encontramos fundamento alguno para que la administración pueda aplicar normas antisubcapitalización con base en el método subjetivo, porque, ante la ausencia de cláusulas antielusión, tales operaciones, en la medida en la que no obedezcan a conductas simuladas, son lícitas.

Estimamos que determinar la deducibilidad de tales gastos no dependía sólo de analizar si se cumplió con los requisitos de la deducibilidad de los intereses, como se lo ha sugerido, sino que el problema yacía en determinar si tales pagos podían ser considerados jurídicamente como tales y no como dividendos.

Nuestro estudio del criterio de la realidad económica y de la simulación nos permitió concluir que la principal utilidad del criterio de la realidad económica consiste en aplicar a los actos de los particulares el régimen tributario correspondiente al acto realmente querido por las partes que llevan a cabo el acuerdo simulatorio, independientemente de cuál haya sido su voluntad declarada, y no únicamente cuando su intención jurídica haya sido distinta a su intención empírica, como lo sostiene la normativa argentina. Expusimos también que ésa es una herramienta útil porque el régimen de la simulación de los negocios jurídicos se presta a confusiones y no es claro en muchos aspectos.

La razón por la que discrepamos con la doctrina argentina con respecto al funcionamiento del criterio de la realidad económica es que una misma intención empírica puede estar revestida por una o más formas jurídicas. Por tanto, si es que el hecho generador se delimita atendiendo a conceptos económicos, distinguir entre intención empírica y jurídica, en ausencia de simulación, es inútil. Un ejemplo de vehículos jurídicos que pueden cobijar la misma intención empírica serían los contratos de mutuo y de usufructo impropio. Por lo tanto, si una norma, por ejemplo, gravara los contratos de mutuo, y las partes celebraran un cuasiusufructo, siendo ésa una vía jurídica idónea para obtener financiamiento, no habría argumento alguno para que se pueda dar al acto de las partes un régimen tributario distinto al del acto que escogieron. En cambio, si el hecho generador se delimitara atendiendo a conceptos económicos, como si gravara, sin más, el financiamiento, independientemente a que las partes celebren, por ejemplo, un contrato de mutuo o uno de cuasiusufructo, una operación de ese tipo estaría gravada.

Además, al contrario de lo que sostiene la doctrina, estimamos que no es correcto sostener que el criterio de la realidad económica aplique sólo en tratándose de tributos cuyo hecho generador se delimite con base en conceptos jurídicos. Es más, la característica más relevante de ese criterio, consistente en desconocer las estructuras simuladas, es útil principalmente cuando el hecho generador se ha delimitado con base en conceptos de esa índole.

Habría simulación de los negocios jurídicos cuando la voluntad de las partes difiera de su declaración, siempre y cuando exista un acuerdo simulatorio y la intención de engañar a terceros. No tiene asidero alguno sostener que existe simulación por el solo hecho de que los particulares hayan intentado obtener una ventaja tributaria, como lo asevera el Servicio

de Rentas Internas, sino que hay que analizar cuál fue el negocio jurídico efectivamente configurado por las partes.

Concluimos también que los negocios jurídicos celebrados entre las sociedades residentes y sus partes en el exterior sí fueron contratos de mutuo, dado que la obligación de pagar a las mutuantes no estaba condicionada a la obtención de beneficios, como sí ocurre con los pagos de dividendos.

Nuestro estudio de la figura de la elusión en el capítulo cuarto nos permitió concluir que esa institución supone la evitación de la verificación del hecho generador, por lo que si hay elusión, no habrá tributo alguno. La elusión puede conseguirse, entre otras hipótesis, a través de los negocios indirectos o los negocios fraudulentos. Para hacer frente a la elusión es menester una cláusula antielusión, como la que consagra la normativa alemana. El criterio de la realidad económica es inútil para combatirla.

Además, según vimos en el capítulo tercero, las hipótesis en las que procede aplicar las cláusulas antielusión, en los ordenamientos que sí las consagran son aquellas en las que la estructuración jurídica por la que los particulares han optado es manifiestamente heteróclita. Las ventajas de optar por financiamiento a través de préstamos son varias. Las inversiones son más seguras y están sujetas a la observancia de menos requisitos. Esas dos razones hacen completamente inverosímil el que la única y exclusiva motivación de las sociedades residentes en el Ecuador para optar por ese instrumento jurídico haya sido obtener un beneficio tributario. Siendo así, y por ese solo motivo, resulta inoficioso analizar la procedencia de instituciones como el anglosajón *Business Purpose Test*.

Incluso si el único móvil de las sociedades ecuatorianas hubiera sido obtener ventajas tributarias, ante la ausencia de simulación y de cláusulas antielusión, no hay argumento jurídico alguno para que dichos negocios jurídicos tributen como aportaciones de capital. En resumen, optar por la financiación de contratos de mutuo en lugar de aportaciones de capital no es irregular ni es abusivo. Es decir, no se verifica una elusión ilícita por optar financiar a una sociedad a través de préstamos y no a través de aportaciones de capital. Lo contrario, según explicamos durante nuestro trabajo, supondría que los particulares están obligados a optar por la vía jurídica más gravosa siempre y en todos los casos, lo que supondría que no se resguarda el derecho a la propiedad de los particulares.

En nuestra introducción sugerimos que la argumentación del Servicio de Rentas Internas es una malograda racionalización persuasiva. La administración tributaria buscó justificar cómo desconocer la deducibilidad del pago de intereses por parte de las sociedades en cuestión. Su argumentación sirvió para intentar justificar esa conclusión. Sin embargo, las razones en las que se basó, a más de ser falsas, son incompatibles entre sí. Por ejemplo, sostener que no pueden existir relaciones jurídicas entre partes relacionadas para calificar a sus operaciones como aportaciones de capital a renglón seguido es diáfananamente una aporía.

En los casos en cuestión no hubo simulación, no hubo elusiones ilícitas ni lugar para la interpretación del criterio de la realidad económica. Por tanto, al haber desconocido la deducibilidad de los intereses pagados por las sociedades residentes a sus partes relacionadas en el exterior, el Servicio de Rentas Internas actuó de manera arbitraria. Además, en el excurso de nuestro primer capítulo explicamos también por qué el Servicio de Rentas Internas tampoco habría podido imponer glosas a las sociedades ecuatorianas por haber excedido el monto de gastos indirectos asignado por sus relacionadas.

En nuestro criterio, la hipótesis que planteamos al comenzar nuestro trabajo fue comprobada. La administración tributaria no puede valerse del criterio de la realidad económica para aplicar al financiamiento de las sociedades ecuatorianas, sin importar cuál sea su fuente, el régimen tributario propio de la aportación de capital, incluso si es que el único móvil de las partes hubiera sido obtener ventajas tributarias.

Bibliografía

- Aguilera Ramos, Agustín. “Clases y series de acciones. Las acciones privilegiadas.” *Derecho de sociedades anónimas*, t. II, *Capital y acciones*, vol.1. Coordinador: Alberto Alfonso Ureba et. al. Citivas: 1994. Madrid.
- Amatucci, Andrea. “La interpretación de la ley tributaria”. En: *Tratado de Derecho tributario*. Temis: Bogotá, 2001., t. II.
- Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Finanzas corporativas*. Pearson. México: 2008.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. 10ma ed. Librería del Profesional. Bogotá: 1992.
- Buettner, Thiess, Michael Overesch, Ulrich Schreiber y Georg Wamser. “The Impact of Thin-Capitalization Rules on Multinationals' Financing and Investment Decisions”. *ZEW Discussion Paper No. 06-68; CESifo Working Paper Series No. 1817*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=935220> (Acceso: 21 de marzo de 2012).
- Calvo Salinero, Rafael. “La subcapitalización de sociedades frente al Derecho Comunitario”, en: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998.
- Comisión Europea. Country Survey- Austria. Información hasta diciembre de 2005. Disponible en: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/publications/studies/ir_dir_au_en.pdf. (Acceso: 02 de abril de 2012).
- Cordon Ezquerro, Teodoro. *Manual de fiscalidad internacional*. Ministerio de Hacienda., 2001.
- Díez Duarte, Raúl. *La simulación del contrato en el Código Civil chileno. Teoría jurídica y práctica forense*. Imprenta Chile. Santiago: 1957.
- Dumay Peña, Alejandro, *El delito tributario*. Samver. Santiago.
- Edgar, Timothy, Farrar, Jonathan and Mawani, Amin. “Foreign Direct Investment, Thin Capitalization, and the Interest Expense Deduction: A Policy Analysis”. *Canadian Tax Journal*, Vol. 56, No. 4, 2008. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1297354>. (Acceso: 21 de marzo de 2012).

- Ernst & Young LLP. *Thin Capitalization Regimes in Selected Countries*. Reporte preparado para el Advisory Panel del Sistema Canadiense de Tributación Internacional.
- Esteve Pardo, María Luisa. “Posibles respuestas del Derecho tributario al problema de la subcapitalización”, en: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998.
- Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y económico*. Contratos. Parte especial. Astrea. Buenos Aires: 1994.
- Fernández., Raymundo y Oswaldo Gómez Leo. *Tratado teórico-práctico de Derecho comercial*. Tomo III-B. Reimpresión. Depalma. Buenos Aires: 1991.
- Flores Arnedo, Agustín. “Negocios anómalos jurídico-tributarios”. *Crónica Tributaria*. No. 78, 1996.
- Fuentes Acurio, Sandro. “Régimen legal de la financiación empresarial”, en: *Revista Peruana de Derecho Económico*, s/f <http://www.teleley.com/revistaperuana/6fuentes-63.pdf>. (Acceso: 14 de noviembre de 2011).
- Fuest, Clemens y Hemmelgarn, Thomas. “Corporate Tax Policy, Foreign Firm Ownership and Thin Capitalization”. *CESifo Working Paper Series No. 1096*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=479725> (Acceso: 21 de marzo de 2012).
- Gagliardo, Mariano. *Sociedades anónimas*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, s.f.
- García Novoa, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Marcial Pons. Madrid: 2000.
- García Vizcaíno, Catalina. *Derecho tributario. Consideraciones económicas y jurídicas. Análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia*. t. 1, 2da ed., Depalma, Buenos Aires, 1999.
- Garibotto, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico*. Depalma. Buenos Aires: 1991.
- Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial. Figuras contractuales modernas*, t. 1, 2da ed. Astrea. Buenos Aires: 1992.
- Gitman, Lawrence y Joehnk Michael. *Fundamentos de inversiones*. 10ma ed. Pearson. México: 2009.

- González García, Eusebio. *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*. Arazandi: 2001. Transcrito en el Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario No. 12 de noviembre de 2010.
- Gotlib, Gabriel. *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. De la interpretación de la realidad económica al derecho común*. Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires.
- Guglieri, Jorge. “La subcapitalización: la necesidad de una reforma legal”. *Cuadernos de formación*. Vol. 10/2010.
- Godoy, Norberto. “La interpretación de las normas jurídicas tributarias”. En: *Derecho tributario. Doctrinas esenciales 1936-2010*. La Ley. Directora: Susana Camila Navarrine. Buenos Aires: 2010.
- Haufler, Andreas y Runkel, Marco. “Firms' Financial Choices and Thin Capitalization Rules under Corporate Tax Competition”. *CESifo Working Paper Series No. 2429*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1284971> (Acceso: 21 de marzo de 2012).
- Jarach, Dino.
 - *El hecho imponible*. Abeledo Perrot. Buenos Aires: 1971.
 - *Estudios de Derecho tributario*. Ediciones Profesional. Buenos Aires: 1998.
 - *Finanzas públicas y Derecho tributario*. 3ra. ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires: 1996.
- Kelley, Michael. “Foreign Currency Risk: Minimizing Transaction Exposure”. *Virginia State Lawyer Magazine*. Junio-julio de 2001. Disponible en: <http://www.vsb.org/docs/vlawyermagazine/jj01kelley.pdf>. (Acceso: 03 de abril de 2012).
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 16ta ed. Porrúa. México: 2009.
- Klostermann, Margret. *The Consequences of Hybrid Finance in Thin Capitalization Situations: An Analysis of the Substantive Scope of National Thin Capitalization Rules with Special Emphasis on Hybrid Financial Instruments*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1137591> (Acceso: 01 de abril de 2011).
- Kruse, Heinrich Wilhelm. “El ahorro del impuesto, la elusión fiscal y la evasión”. En: *Tratado de derecho tributario*. Temis. Bogotá: 2001.

- López Mesa, Marcelo. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos y procesales en la doctrina y jurisprudencia. La doctrina del negocio jurídico inexistente, su génesis, desarrollo y aplicación práctica*. Depalma. Buenos Aires: 1998.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, t. 3. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires: 2007.
- Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Bosch. Barcelona: 1993.
- Martín, José María. “El principio de la realidad económica y los abusos de las estructuras societarias”, en: *Derecho tributario. Doctrinas esenciales 1936-2010*. La Ley. Directora: Susana Camila Navarrine. Buenos Aires: 2010.
- Martín Queralt, Juan, Carmelo Lozano Serrano y Francisco Poveda Blanco. *Derecho tributario*. Arazandi. 6ta. Ed. Navarra: 2001.
- Messineo, *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*, p. 117. Citado por: Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*
- Montestruque Rosas, Karina. “Aspectos fiscales de la subcapitalización de las sociedades y su regulación en el Perú”, en: *Revista Instituto Pacífico*, primera quincena de abril de 2010. http://www.aempresarial.com/web/revitem/1_10859_28496.pdf (Acceso: 13 de noviembre de 2011).
- Monroy Cabra, Gerardo. *Introducción al Derecho*. 13ra. ed. Temis. Bogotá: 2003.
- Navarro Faure. Amparo. “Los préstamos participativos en España: un ejemplo de las consecuencias jurídico-tributarias de la infracapitalización de las empresas”. *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998.
- OECD. *Thin Capitalization*. Reglas adoptadas por el consejo de la OCDE el 26 de noviembre de 1996.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 6ta. Ed., Temis. Bogotá: 2000.
- Palao Taboada, Carlos. “Lasubcapitalización”, en: *Fiscalidad internacional*. Coordinador: Fernando Serrano Antón. Centro de Estudios Financieros, Madrid: 2001.
- Pita Grandal, Ana María, Roberto Ignacio Fernández López y Carmen Ruiz Hidalgo. “Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre

- subcapitalización en España”. *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998.
- Ratto Delgado, Catalina. “El criterio de la realidad económica y la norma VIII del título preliminar del Código Tributario”. *Advocatus* No. 10-2004.
 - Rivera, Julio César y Graciela Medina. *Código Civil comentado. Hechos y actos jurídicos*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires: 2007.
 - Rosembuj, Teodoro. *Fiscalidad internacional*. Instituto de Fiscalidad Internacional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid-Barcelona: 1998.
 - Sacristán Represa, Marcos. “El aumento de capital: modalidades, requisitos, el aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias y no dinerarias”. En: *Derecho de las sociedades anónimas*. t. III, vol.1. Coordinador: Alberto Alonso Ureba et. al. Citivas. Madrid: 1994.
 - Salto Guglieri, Jorge. “La subcapitalización: la necesidad de una reforma legal”. *Cuadernos de formación*. Vol. 10/2010.
 - Ugalde Pietro, Rodrigo y Jaime García Escobar. *Elusión, planificación y evasión tributaria*. 2da. ed. LexisNexis. Santiago: 2007.
 - Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. Parte general y personas*. 14ta ed., t. 1. Temis. Bogotá: 1997.
 - Valenzuela Barahona, Juan Cristóbal. “Elusión tributaria”. *Normas antielusivas y facultades fiscalizadoras otorgadas al Servicio de Impuestos Internos, con relación al impuesto a la renta*. Escuela de Leyes de la universidad de Chile. 2000.
 - Vega Borrego, Félix Alberto. “La norma tributaria en materia de subcapitalización: incidencia de los convenios de doble imposición y del Derecho comunitario” en: *Crónica Tributaria*. No. 104. Madrid: 2002.
 - Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. 7ma. ed. Lima: 2007.
 - Villar Ezcurra, Marta. “El tratamiento tributario de la subcapitalización en España frente a las exigencias de no discriminación del derecho comunitario”, en: *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario*. Asociación Fiscal Portuguesa. Lisboa: 1998.
 - Villegas, Héctor Belisario. *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario*. 9na ed., Astrea. Buenos Aires: 2005.

- Williamson, Gordon y R.A. Garland. *Taxation of Inbound Investment*. Disponible en: <http://publications.gc.ca/collections/Collection/F21-4-96-12E.pdf> (Acceso: 01 de noviembre de 2011).