

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

Amortización de las pérdidas incurridas por la
sociedad absorbida como consecuencia de una
fusión por absorción cuando el único motivo de
la reestructuración empresarial es generar crédito
tributario

Christopher Arroyo Lasso

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención de título de abogado

Director:

Oswaldo Rodrigo Santos Dávalos

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Amortización de las pérdidas incurridas por la sociedad absorbida como consecuencia de una fusión por absorción cuando el único motivo de la reestructuración empresarial es generar crédito tributario”

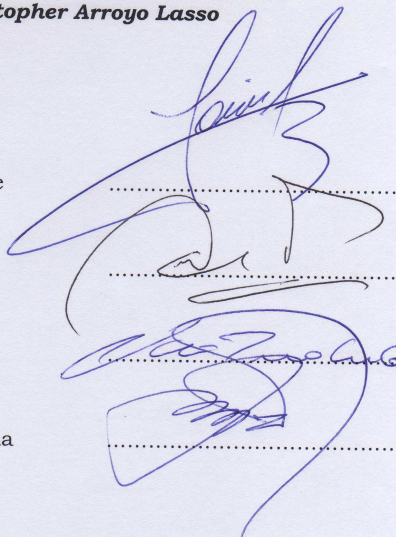
Christopher Arroyo Lasso

Dr. Javier Bustos
Presidente del Tribunal e Informante

Abo. Oswaldo Santos
Director de Tesis

Dr. Xavier Andrade Cadena
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are written in a cursive style. The first signature is the largest and most prominent, followed by three smaller ones below it.

Quito, 7 de Mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: "Amortización de las pérdidas incurridas por la sociedad absorbida como consecuencia de una fusión por absorción cuando el único motivo de la reestructuración empresarial es generar crédito tributario".

ALUMNO: Christopher Arroyo Lasso

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado

El tema que plantea el estudiante es importante, sin duda. No solo porque involucra determinar los alcances de la interpretación de la realidad económica, una de las herramientas menos comprendidas y más polémicas de las que gozan las administraciones tributarias, sino porque se refiere a un asunto sobre el que nuestro ordenamiento jurídico es notablemente escueto, a saber el régimen del traslado de las pérdidas tributarias como consecuencia de un proceso de fusión.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el estudiante es muy relevante. Primero, porque, de ser cierta, limitaría en enorme medida la aplicación que la administración tributaria da al principio de realidad económica. Segundo, relacionado con el punto anterior, porque, de verificarse la hipótesis, alteraría el paradigma que rige la actuación del Servicio de Rentas Internas según el cual las actuaciones de los particulares deben tener una motivación fiscalmente neutra.

Cabe acotar que comparto las conclusiones del estudiante, aunque mis razones, en ciertos aspectos puntuales, puedan ser distintas.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Lo más destacable del trabajo del estudiante es la cantidad y calidad de fuentes bibliográficas utilizadas en su trabajo. Creo que ésta puede ser la tesina de pregrado mejor sustentada que he revisado. No hay sección alguna en la que el respaldo bibliográfico sea escueto. El esfuerzo realizado es notable. La investigación es exhaustiva y de muy buena calidad.

Considero su investigación sobre ciertas instituciones jurídicas, como la del motivo económico válido, pueden servir como referente local a quien busque introducirse en el estudio de la materia.

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

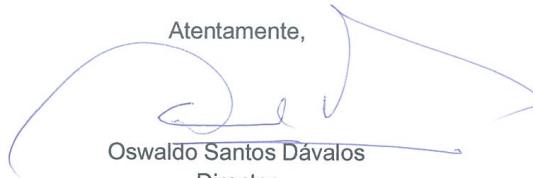
Los argumentos esgrimidos por el estudiante son plausibles y su razonamiento es coherente. Destaco también lo comprensivo de su trabajo; su argumentación involucró el análisis de ramas del ordenamiento jurídico que poca relación guardan entre sí y el estudiante lo hizo adecuadamente.

Sin embargo, considero que habría podido ahondarse más en algunos temas puntuales, como lo relativo a la aplicación de la realidad económica en tratándose de figuras elusivas. Además, la argumentación de ciertas partes del trabajo podría haber sido estructurada con un poco más de claridad. En otras partes, puede que la argumentación sea un tanto circular. Finalmente, hay ciertas secciones cuya relevancia no resulta del todo convincente —o habría debido ser explicada con más claridad—.

Pero, en general, la argumentación del estudiante es muy buena.

En general, el estudiante siguió muy de cerca las recomendaciones que le fueron dadas. El resultado es muy satisfactorio.

Atentamente,

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'O' followed by 's', 's', 'd', 'á', 'l', 'o', 's' in a cursive script.

Oswaldo Santos Dávalos
Director

© 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: Christopher Jordan Arroyo Lasso

C. I.: 1713214789

Fecha: Quito, mayo de 2015

Resumen

Este trabajo trata sobre la posibilidad de amortizar las pérdidas incurridas por parte de la sociedad absorbida dentro de un proceso de fusión cuando la reorganización empresarial haya sido realizada con la única intención de trasladar este crédito tributario.

Dentro de la legislación ecuatoriana no existe norma que desarrolle el tema. A pesar de lo mencionado, en la práctica las soluciones dadas por parte de la administración no siempre han sido uniformes, sino que los funcionarios del Servicio de Rentas Internas deciden sobre las consecuencias del traslado de pérdidas. El problema jurídico en este trabajo consiste en determinar cuál debe ser la respuesta de la administración tributaria cuando las empresas que forman parte de una reorganización empresarial deseen amortizar las pérdidas incurridas por la sociedad absorbida, sea por el motivo que fuere.

Se tratará de dar respuesta a esa pregunta mediante el estudio de ciertas instituciones jurídicas, como la fusión y el régimen de amortización de pérdidas en la legislación ecuatoriana. A su vez, desarrollaremos conceptos tributarios fundamentales como el motivo económico válido y el criterio de la realidad económica, para determinar si limitan de algún modo el traslado de pérdidas. Así podremos concluir que el traslado de pérdidas es posible en todos los casos de fusión, sin ninguna limitación, y principalmente, sin la necesidad de que exista un motivo económico válido.

Abstract

This thesis tries to analyze the possibility to transfer in the Ecuadorian legislation the loss in a merger, to be reduced from the tax income by the absorbed companies, exclusively, for those cases where the merger was made with the only motivation to move this fiscal attribute.

Ecuadorian regulations do not have any laws to confront this problem. Despite this, in practice, we can observe that there is not a unique and identical criterion to take a reasoned decision, but the public official from the Internal Revenue Service will decide depending on the situation. The legal problem in this thesis consists in determining what should the tax administration decide when merged companies decide to reduce their tax burden, without considering the economic reason behind it.

The answer to this question will try to be given by the study of certain legal institutions, by an analysis of mergers and the loss amortization system in the Ecuadorian legislation. In the same way, we will try to understand some essential tax concepts as the valid economic reason that has to approve the business purpose test, to establish if the valid economic reason limits the loss transfer, and in the same course, if the criterion of the economic reality allows for these juridical interpretations. This reasoning will let us conclude that all fiscal attributes can be moved in all mergers, without any limitation, and mainly, without the demonstration of a valid economic reason.

Índice

Resumen	7
Abstract	8
 Introducción	 13
 I. La fusión	
1.1. Introducción	19
1.2. Definición de fusión	21
1.3. Evolución del tratamiento de la fusión	23
1.4. Modalidades de fusión	25
1.5. Fusiones con relevancia legal	25
1.5.1. Fusión por absorción	25
1.5.2. Fusión por constitución	26
1.5.3. Fusión impropia	26
1.5.4. La fusión en Ecuador	27
1.6. Fusiones con relevancia económica	28
1.6.1. Fusión horizontal	28
1.6.2. Fusión vertical	29
1.6.3. Conglomerados	30
1.7. Requisitos para realizar una fusión	30
1.8. Consecuencias jurídicas de la fusión	32
 II. Régimen de amortización de pérdidas	
2.1. Introducción	35
2.2. El impuesto	37

2.3.	Impuesto a la renta de sociedades	38
2.4.	El hecho imponible	41
2.5.	Amortización de pérdidas	43
2.6.	Deducciones del impuesto a la renta	45
2.7.	Traslado de activos y pasivos como consecuencia de la fusión	47
2.8.	Conclusiones de las consecuencias tributarias de la fusión	49

III. El motivo económico válido y el criterio de la realidad económica

3.1.	El motivo económico válido	53
3.1.1.	Origen – La neutralidad fiscal	53
3.1.2.	El motivo económico válido	56
3.1.3.	Ausencia de motivo económico válido: simulación, evasión, elución, fraude o abuso de derecho?	57
3.1.3.1.	Simulación	59
3.1.3.2.	Evasión fiscal	60
3.1.3.3.	Defraudación fiscal	62
3.1.3.4.	Elusión tributaria	63
3.1.3.3.	Abuso de derecho	65
3.1.4.	Economía de opción	67
3.1.5.	Conclusiones del motivo económico válido	68
3.2.	El criterio de la realidad económica	70
3.2.1.	Introducción	70
3.2.2.	Interpretación de la ley	71
3.2.3.	Formas de interpretación de la ley	72
3.2.3.1.	Método literal	72
3.2.3.2.	Método lógico e histórico	73
3.2.3.3.	Método sistemático	74
3.2.4.	Formas de interpretación de la norma jurídica tributaria	75
3.2.4.1.	Interpretación in dubio contra fiscum	76
3.2.4.2.	Interpretación in dubio pro fiscum	77

3.2.4.3.	Interpretación rígida o estricta de la norma tributaria	77
3.2.4.1.	Interpretación funcional de la norma tributaria	77
3.2.4.2.	Interpretación analógica	78
3.2.5.	Método de interpretación tributaria según la realidad económica	79
3.2.5.1.	Origen	79
3.2.5.2.	Motivo de su existencia	80
3.2.5.3.	Interpretación según la realidad económica	80
3.2.6.	Conclusiones sobre los métodos de interpretación tributarios y el criterio de la realidad económica	83
3.3.	Conclusiones sobre la relación entre motivo económico válido y el criterio de la realidad económica	85

IV. Amortización de pérdidas como consecuencia de la fusión en el derecho comparado

4.1.	Análisis general del traslado de pérdidas a consecuencia de la fusión en el contexto americano	88
4.1.1.	Introducción	88
4.1.2.	Situación en algunos países americanos	91
4.1.2.1.	Colombia	92
4.1.2.2.	Perú	94
4.1.2.3.	México	96
4.1.2.4.	Brasil	97
4.1.2.5.	Argentina	99
4.1.2.6.	Ecuador	101
4.2.	Análisis general del traslado de pérdidas a consecuencia de la fusión en el marco de la Unión Europea.....	102
4.2.1.	Introducción	102
4.2.2.	Situación en algunos europeos	104
4.2.2.1.	España	105
4.2.2.2.	Italia	106
4.2.2.3.	Portugal	108

4.3.	El progreso de la jurisprudencia sobre el motivo económico válido.....	108
4.3.1.	Caso “Hilvering v. Gregory”	109
4.3.2.	Caso “Leur-Bloem”	110
4.3.3.	Caso “Cadbury Schweppes y Cadbury Shweppes Overseas”	111
4.3.4.	Caso “Kofoed”	113
4.4.	La ausencia de certeza	115
4.5.	Conclusiones sobre las XXV Jornadas de Derecho Tributario	117
	Conclusiones	121
	Bibliografía	126

INTRODUCCIÓN

En Ecuador, a diferencia de otros países de la región, no existe normativa que nos permita dirimir con certeza cuáles son las consecuencias tributarias de la fusión, y en particular, qué ocurre con el traslado de pérdidas incurridas por la sociedad absorbida. La administración tributaria, empero, parece no admitir ese traslado en todos los casos. Para lograr esto, emplea diferentes motivaciones, unas más forzadas que otras.

Para justificar si las pérdidas de una sociedad son trasladables dentro del proceso de fusión, la administración tributaria realiza un análisis de cada caso, para, según su criterio, permitir el traslado del crédito tributario o negarlo¹. Entonces, no existe un cuerpo normativo que sistemáticamente nos permita conocer de forma certera los posibles resultados del traslado de activos entre sociedades fusionadas, sino que dependerá del análisis realizado por el funcionario del Servicio de Rentas Internas.

En nuestra opinión, la pérdida incurrida por parte de las sociedades absorbidas como consecuencia de una fusión es deducible del impuesto a la renta en favor de la entidad absorbente, incluso en los casos donde el único objetivo de la reorganización empresarial fuese beneficiarse de esta deducción sin tener que probar un motivo económico válido.

La falta de regulación sobre el régimen del traslado de pérdidas permitiría inferir que sí es posible que la sociedad absorbente amortice las pérdidas de la absorbida. En la práctica, veremos que esto ha conducido a un debate incluso dentro de la misma administración tributaria. El análisis del fisco no siempre está fundamentado en las mismas premisas, lo cual, como se esclarecerá dentro del presente trabajo, podría llevar a diferentes abusos.

A diferencia de lo que ocurre con la normativa de algunos países cercanos, el régimen tributario ecuatoriano no asume que se ha defraudado al fisco por el solo hecho de haber logrado reducir un impuesto por pagar por parte de la sociedad. A pesar de esto, la interpretación según la realidad económica puede llevarla en esta dirección, dependiendo de las intenciones iniciales por parte de la administración.

¹ Consulta a Patricio Salazar (responsable del área jurídica, Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas). Martes, 13 de enero de 2015.

En el estudio de las reorganizaciones encontraremos que la mayor parte de los cuerpos normativos que niegan o aceptan el traslado de beneficios fiscales, lo hacen sin un mayor estudio del tema. El problema es que si no se concibe correctamente la figura de la fusión, se puede llegar a conclusiones equivocadas sobre el uso de la misma.

Por otro lado, no podemos olvidar el intento de los Estados por tratar de combatir la evasión fiscal. Las consecuencias de esta batalla entre el contribuyente y el fisco, podrían terminar desconociendo o mal utilizando conceptos jurídicos que en su origen, han sido concebidos con el objetivo de favorecer a ambos actores.

A pesar de que se aleja de la naturaleza tributaria, podría ser de mayor interés por parte del Estado alcanzar el crecimiento y expansión económica de las empresas más que incrementar la capacidad recaudatoria propia. Sin embargo, dentro del presente trabajo nos enfocamos en realizar un estudio sobre las consecuencias tributarias, más allá de que, bajo nuestro criterio, consideramos que es limitante para las empresas que desean expandirse.

Descubriremos que en la actualidad todavía existe afinidad en las legislaciones por sostener que las personas y las sociedades deben olvidar las consecuencias del tributo en sus decisiones, peor aún, no se permite que sea el impuesto el parámetro esencial para la estrategia empresarial. Como parte de nuestro estudio, veremos si esta línea económico-filosófica funciona en nuestro sistema.

En el presente, la planificación tributaria constituye uno de los principales ámbitos a tener en cuenta para la toma de decisiones corporativas, siendo que, el uso de estrategias tributarias correctamente empleadas, tendrá importantes consecuencias en el futuro de la empresa. Esto definitivamente no nos puede llevar a cometer actos ilegales por el solo hecho de tratar de reducir la carga impositiva, pero nos permite acomodarnos a diferentes situaciones y emplear distintas herramientas como parte de esa planificación.

Como parte del análisis del trabajo, trataremos de deducir cómo se concibe la creación de “valor corporativo” que debe generar la fusión, como antecedente, debemos entender si realmente la fusión debe tener una motivación para ser realizada. Indagaremos profundamente sobre lo que conlleva la generación de valor empresarial, puesto que esto nos conducirá a concluir si reducir la carga tributaria genera beneficio empresarial o no. En

este mismo sentido, estudiaremos si las empresas deben pasar el examen del motivo económico válido para trasladar la pérdida en la fusión.

Las administraciones tributarias latinoamericanas conciben como una de sus principales preocupaciones que la dificultad de comprobar la neutralidad fiscal tenga como consecuencia la desprotección del fisco, permitiendo al contribuyente utilizar estas formas de reestructuración como vía para obtener beneficios tributarios. En el mismo sentido, la doctrina europea ha trabajado bajo el criterio de que la fiscalidad no debería ser entendida como un freno o estímulo a la reorganización de una empresa, entonces, la causa que estimule su realización debe estar sustentada en motivos económicos válidos, siendo éste el único argumento encontrado bajo el cual el régimen tributario debe mantenerse neutral².

Con el afán de poder enfrentar diferentes problemas fiscales, los países de la región, importando conceptos europeos, han agregado el criterio de la realidad económica a sus sistemas. Distinta a la situación de la realidad económica, todavía no se ha incorporado el motivo económico válido, no obstante, sin formar parte de los cuerpos tributarios, este concepto aparece en la práctica. En este sentido, será importante determinar si la “interpretación” según la realidad económica puede realizar este tipo de razonamientos.

Como veremos en el Capítulo III de la tesina, el estudio de la esencia económica es una incorporación muy importante para fines tributarios, sin embargo, trataremos de concluir si esta herramienta debe realizar un estudio de la operación exclusivamente económico, olvidando la esencia jurídica de la norma.

Las administraciones tributarias estudiadas dentro del presente trabajo gozan del instrumento de la esencia sobre la forma (criterio de la realidad económica) para sostener su posición frente al contribuyente. El argumento mencionado puede llegar a cobrar aún mayor importancia en legislaciones donde las operaciones de fusión no tienen propiamente una regulación, y en muchas ocasiones, se encuentran sujetas a la interpretación de reglas y principios generales por parte de la administración tributaria, y la administración de justicia³. Bajo esta situación, el criterio de la realidad económica puede llegar a constituirse, como está ocurriendo en Ecuador, en el instrumento más importante en la

² Ley 29 de 1991. Adoptada por la legislación española a la directiva 90/434/CEE.

³ Mauricio Piñeros Perdomo. *Fusiones y Adquisiciones. Aspectos Internacionales*. Relatoría Nacional de Colombia, Introducción.

lucha contra la elusión. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, primero debemos revisar si la realidad económica realmente permite luchar contra la defraudación, la evasión o la elusión tributaria.

En el contexto americano, los Estados han promulgado cuerpos normativos donde se ha tratado el tema de las fusiones y adquisiciones, aunque en todos los casos, sin mayor profundidad. Entre los Estados que cuentan con algún tipo de legislación tributaria relativa a la fusión, encontramos que Argentina, Brasil, Perú, Colombia y México, resaltan en la región. A pesar de que han abordado el tema, básicamente lo han hecho en una forma donde al menos en los casos de Brasil, Perú, Colombia y México, simplemente no toleran el traslado de pérdidas sin ningún tipo de argumentación que nos lleve a entender el porqué de su negativa.

En los países latinoamericanos no mencionados, la ley poco y nada ha desarrollado sobre este tema. Entre los países cercanos, es necesario resaltar la posición tanto de Venezuela como de Bolivia, Estados que permiten libremente el traslado de pérdidas. No obstante, observamos con desdicha el hecho de que se permita el traslado de pérdidas porque la legislación no desarrolla el tema, y simplemente se lo ha tolerado, y no porque realmente consideren que este es un derecho de las sociedades. En la ponencia venezolana departida en las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, resaltan las palabras del exponente, quien expone que en su país se ha preferido mantener un sistema donde no exista un cuerpo normativo que aclare el tema, que desarrollar un sistema que delimite el tratamiento de la fusión. Desde ya anticipamos que no concordamos con esta posición, puesto que, para no tener que realizar interpretaciones equivocadas, y no permitir la discrecionalidad de la administración, sería esencial que se lleve el tema de forma normativa.

Distinta ha sido la situación en el contexto europeo. A pesar de que en la normativa Comunitaria sobresale la importancia del motivo económico válido, limitando el traslado de pérdidas a la comprobación de un móvil que indispensablemente debe ser diferente del puramente tributario, existe al menos un desarrollo legislativo que, como veremos, nos permite saber que en el marco de la Unión Europea, las pérdidas son trasladables siempre y cuando demuestren una motivación económica considerada válida. El conflicto con el que

todavía cuentan estos sistemas normativos es el poder definir con algo de coherencia al concepto.

España, Portugal e Italia, países estudiados en el presente trabajo, cuentan con normativa mejor estructurada. Esto se debe al desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Dentro del presente trabajo trataremos de enfocarnos en cuatro casos relevantes, donde evidenciaremos como los criterios jurisprudenciales en el transcurso del tiempo se han ido alejando del motivo económico válido, al menos, de cómo lo concebía en un principio⁴.

El marco ecuatoriano incluye dentro de un régimen especial a los procesos de reorganización, desafortunadamente, la ley no menciona nada sobre las consecuencias tributarias tanto de la escisión como de la fusión, específicamente en lo relativo al impuesto a la renta. El tratamiento societario de fusiones se encuentra plasmado en la Ley de Compañías. Bajo un criterio distinto, recientemente, la fusión ha sido incorporada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como un instrumento de concentración tanto vertical como horizontal. Cada uno de estos tiene un enfoque completamente diferente y regula áreas disímiles.

El presente trabajo se concentrará en las consecuencias fiscales que nacen de los procesos de fusión en relación al impuesto a la renta.

Dentro del desarrollo de la presente tesina contestaremos a la siguiente pregunta: ¿es posible trasladar la pérdida incurrida por parte de las sociedades fusionadas para que sea deducible del impuesto a la renta en favor de la entidad absorbente, o de la nueva constituida, incluso en los casos donde el único objetivo de la reorganización empresarial fuese beneficiarse de esta deducción?

Nuestra hipótesis considera que sí es posible. Para sustentar nuestra posición necesitaremos primero entender algunas figuras jurídicas claramente. Por este motivo, hemos dividido el trabajo de la siguiente manera:

En el Capítulo I estudiaremos los caracteres societarios fundamentales de la fusión para caracterizar cada uno de los componentes de este instrumento empresarial.

⁴ Romeo Carpio Rivera. *Fusiones y adquisiciones aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 204.

Necesariamente se debe analizar ciertos elementos de las sociedades y la naturaleza de la fusión para lograr un entendimiento correcto de la reorganización.

En el Capítulo II trabajaremos algunos conceptos tributarios que nos permitirán entender el sistema fiscal en Ecuador. Este análisis, agregado al de la fusión, nos permitirá concluir con la pregunta inicial, de esta forma, conoceremos si es posible el traslado de pérdidas en una fusión en favor de la sociedad absorbida o de la nueva creada para ser reducido de su impuesto a la renta.

En el Capítulo III analizaremos distintas figuras tributarias para comprender si es posible concluir, como lo han hecho algunos sistemas tributarios estudiados, que la búsqueda de un beneficio fiscal debe ser argumento suficiente para considerar a la fusión como un modo de simulación, elusión, evasión, fraude o abuso de derecho. Como parte de este mismo Capítulo, y como objetivo primordial y mayor reto de nuestro estudio, analizaremos el motivo económico válido y el criterio de la realidad económica, para comprender si el traslado de pérdidas requiere de motivo económico válido o no, y si este puede ser interpretado por la realidad económica.

Finalmente, en nuestro Capítulo IV indicaremos como ha sido tratado el tema en algunos Estados, dividiendo nuestro estudio en el análisis de algunas naciones del continente americano y, posteriormente, ver como se lo ha tratado en los países europeos. Como parte de la comprensión del motivo económico válido, estudiaremos cuatro casos que nos permitirán observar como se ha ido modificando la tendencia de los países desarrollados sobre el motivo económico válido, y la conveniencia de continuar utilizándolo o no. Para lograr comprender el derecho comparado, nos hemos enfocado en el análisis de las ponencias documentadas de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.

Finalmente, ha sido la intervención de los exponentes ecuatorianos dentro de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario la que ha incentivado a la realización del presente trabajo, puesto que, a pesar de que la ley mantiene un silencio sobre el traslado de pérdidas en las casos de fusión, existe el pronunciamiento por parte del exponente ecuatoriano, quien asegura que el traslado de beneficios fiscales requiere que la motivación a la misma no provenga de la reducción de la carga tributaria.

CAPÍTULO I

LA FUSIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN

Dentro del presente capítulo se tratará de estudiar los diferentes tipos de fusión existentes según la doctrina. De esta forma intentaremos explicar el tratamiento y naturaleza de las reorganizaciones empresariales a nivel teórico y principalmente, la concepción dentro de la legislación ecuatoriana. Para esto, hemos considerado importante explicar lo que es una fusión, y según este concepto, ver como ha ido evolucionando a lo largo de la historia para alcanzar diferentes objetivos. Prosiguiendo en nuestro estudio, se desarrollará el tratamiento que mantiene dentro de la Ley de Compañías, sus requisitos y principales consecuencias. El estudio sobre la fusión nos permitirá llegar a conclusiones sobre las consecuencias jurídicas que nacen por este proceso societario, lo cual nos llevará a concluir todo aquello que se debe transferir como parte de los derechos y obligaciones pertenecientes a las sociedades.

El concepto de fusiones y adquisiciones (M&A por sus siglas en inglés de *Mergers and Acquisitions*), es un término empleado mayoritariamente por la doctrina anglosajona. En los países latinoamericanos normalmente a estos procesos se los ha denominado reorganizaciones empresariales. A la fusión se la define como un mecanismo que implica la concentración de patrimonios de dos o más sociedades jurídicamente independientes, sea de naturaleza civil o mercantil, previa disolución sin liquidación de alguna o algunas de ellas⁵. Los procesos de fusión han tenido una importante acogida en diferentes regiones del mundo. El éxito de la figura ha devenido de ser una fórmula que logra cumplir con la finalidad de unificar dos o más sociedades con diferentes o similares características para que operen como una entidad diferente que contenga esencia de cada una.

⁵ Barboza, Sergio. *Reorganización corporativa en las empresas del sistema financiero: las fusiones*. En *ius et veritas*. Año IX, No. 19 de diciembre de 1999, p. 133.

En el presente, las empresas son un elemento fundamental para el desarrollo de la mayor parte de naciones del mundo. En los Estados, esto ha motivado a realizar un estudio de la fusión no solo para comprender e incorporar el concepto en la norma, sino incluso para que no sea una herramienta que logre afectar el normal desarrollo del mercado.

Distintas formas de reorganización empresarial han sido reiteradamente usadas en diferentes países del mundo con menor o mayor intensidad⁶. Esto ha ocurrido puesto que las empresas deben actuar rápidamente para acomodarse al dinamismo de la economía y el comercio internacional⁷. A pesar de que la fusión es un concepto netamente empresarial, ha sido el derecho el encargado de reconocerlo, desarrollarlo y regularlo desde diferentes perspectivas. Esto ha obligado a que se aprueben normas para regular los procesos de fusiones y adquisiciones en todo los países donde se han utilizado estas figuras como mecanismos de expansión o mejoramiento empresarial.

Existen innumerables razones por las que se puede emprender un proceso de fusión. Entre los casos más comunes podría mencionarse lograr diversificación del producto, diversificación geográfica, producciones de escala, aumento de cuotas de mercado, entre muchas otras⁸. Simplemente se debe obtener, mediante planificación empresarial, una estrategia buscada por la sociedad para que se justifique la fusión⁹. Aparentemente las reorganizaciones empresariales podrían ser de interés exclusivo de aquellas entidades que participen dentro de la misma industria, sin embargo, la experiencia nos ha demostrado que para nada es esencial realizar un giro empresarial similar para la reorganización, y definitivamente no es exclusivo para sociedades que compiten entre sí¹⁰. Bien podría existir la necesidad de fusionar dos empresas que se desarrollan en ámbitos completamente diferentes y que tienen características opuestas, hecho que se ha podido evidenciar en más de una ocasión.

⁶ Rumelt, Richard. *Strategy, Structure and Performance*. Harvard Business School Press. Boston, 1974.

⁷ Roberto Oscar Freytes. *Fusiones y adquisiciones. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 103.

⁸ Rui Sampaio. *Contribuciones para el estudio de la estrategia y del régimen de las fusiones y adquisiciones en la Unión Europea. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 630.

⁹ *Id.*, p. 628.

¹⁰ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 9.

Las diferentes modalidades de fusión responden a diversas necesidades que han tenido que enfrentar las empresas. La mayor parte de la doctrina se ha sumado a la idea de que la fusión no busca propiamente la terminación de las actividades de la sociedad, sino que tiene como interés la continuidad de las mismas por concentración, a diferencia de lo que ocurre en las adquisiciones. Como se verá más adelante, esta característica resulta relevante puesto que son distintas sociedades que componen una nueva, y que únicamente continúan operando de una forma diferente. A pesar de que se obtiene la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas, la empresa, en esencia, se mantendrá viva aunque operará bajo una razón social diferente¹¹. La consecuencia de no desaparecer por completo tiene como resultado que los accionistas de la sociedad desaparecida se mantienen como accionistas de la empresa creada en proporción a la forma en la que se haya formulado la fusión.

La fusión forma parte de un grupo de figuras de restructuración que incluye a la escisión y transformación. A pesar de que estas pueden tener características en común, no se las debe confundir unas con otras, puesto que, como en el caso de la fusión y la escisión, son figuras que tienen resultados opuestos.

Éste capítulo nos llevará a conclusiones importantes sobre la fusión. Intentaremos explicar las características fundamentales de la reorganización para ir construyendo de forma sustentada, por qué en nuestro sistema cabe el traslado de pérdidas entre sociedades fusionadas.

1.2. DEFINICIÓN DE FUSIÓN

La fusión es una figura empresarial que ha ido evolucionando con el tiempo, puesto que responde a intereses de empresas, siendo estas entidades dinámicas en permanente perfeccionamiento¹². El proceso de fusión puede ser definido como una operación jurídica que afecta a dos o más sociedades, y conduce a la extinción de todas o algunas de ellas y a

¹¹ Alex Córdova Arce. "El Régimen Fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas". *Revista 49* (2009), p. 17.

¹² Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. Ponencia nacional Perú. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 281.

la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola entidad que las absorbe o en una nueva que se crea¹³. Esta definición de fusión es muy general, pero delimita perfectamente el concepto. Sobre la base de esta definición, puede sostenerse que las reorganizaciones producen tres consecuencias principales: la unión de socios que se concreta con la emisión de acciones de la sociedad constituida o la absorbente; la transferencia a título universal de patrimonios que permiten la integración o confusión en una sociedad distinta y; la extinción de las sociedades fusionadas¹⁴.

ELÍAS considera que reorganizar es organizar algo de forma diferente, de tal manera que el cambio puede ser en la estructura, en la forma, en la especie, en el modelo o en la sustancia¹⁵.

El presente trabajo va a considerar como fusión a todo acto societario mediante el cual, una sociedad, extinguiéndose, *transmite* el total de su patrimonio a otra sociedad preexistente o de nueva creación, produciéndose el cambio de adscripción de sus accionistas mediante el canje de las acciones de la sociedad fusionada a la sociedad absorbente¹⁶.

Las fusiones son entendidas como procesos específicos de concentración que suponen transferencias patrimoniales de activos y pasivos a título universal, teniendo la nueva entidad que desarrollar sus actividades sobre la base del patrimonio neto contable resultante de los aportes de las empresas¹⁷.

La fusión supone la continuidad jurídica de las sociedades fusionadas en cabeza de la entidad absorbente o constituida, siendo que cada entidad desaparece en la vida jurídica pero permanece en la esencia de la nueva entidad¹⁸.

¹³ Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Juan Luis Iglesiasprada. *Fusión y escisión de sociedades*. En: Hundskopf, Oswaldo. *Las relaciones de canje en las fusiones y escisiones de sociedades*. *Advocatus*. No. 13. Diciembre, 2005, p. 200.

¹⁴ Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas*. *Óp. cit.*, p. 309.

¹⁵ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales*. *Óp. cit.*, p. 9.

¹⁶ *Ibid.* El autor cita a Bercovitz p. 166.

¹⁷ *Id.*, p. 286.

¹⁸ Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas*. *Óp. cit.*, p. 290.

Podemos deducir que lo fundamental en un proceso de fusión es el traspaso, como unidad, del patrimonio de la sociedad absorbida a la absorbente o a la nueva entidad creada, y la extinción de la sociedad absorbida o de las fusionadas por consolidación.

Dentro de la legislación ecuatoriana, esta forma de reorganización se encuentra definida por la Ley de Compañías en el artículo 337. Se define a la fusión como aquel fenómeno que se produce cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones o, cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo¹⁹.

1.3. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA FUSIÓN

Las reorganizaciones empresariales cobran considerable importancia desde el siglo pasado. Esto ocurre puesto que se ha transformado en un instrumento societario muy usado en diferentes regiones del mundo por las ventajas obtenidas al realizarlo²⁰. Es a partir de la década de los años ochenta donde empieza una creciente afinidad por el uso de ésta nueva fórmula empresarial en respuesta a los cambios en el mercado debido al proceso de globalización. Pero fue desde las primeras décadas del siglo XX donde comienza a existir preocupación y desarrollo normativo sobre el tema, en especial, en países integrantes de la Unión Europea y en Estados Unidos²¹.

En el proceso de desarrollo de esta modalidad de reorganización, podemos mencionar tres períodos históricos relevantes. El primer momento se remonta a principios del siglo XX en territorio norteamericano²². Es aquí donde empieza una creciente tendencia a acudir

¹⁹ Ley de Compañías. Artículo 337. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008. Adicionalmente existen referencias sobre la fusión en la Ley General de Seguros. El artículo 52 trata sobre la fusión entre empresas de seguros o entre empresas de reaseguros. Sin embargo, no se hace mención alguna en relación a la definición de esta forma de reorganización empresarial, simplemente se considera que se puede dar entre entidades de esta naturaleza. Este artículo fue reformado por Código Orgánico Monetario Financiero en la disposición reformativa 16 numeral segundo. Al tratarse de fusiones de las instituciones financieras, se rigen por la ley General de Instituciones del Sistema Financiero, normativa que tampoco define a la fusión pero la menciona.

²⁰ Eduard Ballarín, Jordi Canals, y Pablo Fernández. *Fusiones Y Adquisiciones De Empresas: Un Enfoque Integrador*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, pp. 3-4.

²¹ *Ibid.*

²² *Id.*, p. 4.

a la fusión horizontal como nuevo modelo de organización. Algunas de las principales industrias que fueron parte de este proceso son la automotriz, la bancaria, la petrolífera, entre otras²³. Inicialmente, la estrategia era adquirir empresas pequeñas con el propósito de limitar la competencia dentro del mercado y consolidar su poder en el mismo²⁴. Fue el temor gubernamental sobre la concentración de los mercados en manos de un grupo reducido lo que lleva a diferentes actores políticos, incentivados por manifestaciones populares, a aprobar la legislación antitrust²⁵. Bajo esta nueva concepción se empieza un proceso de regulación no solo de los procesos de reorganización empresarial, sino del derecho de la competencia en general, en búsqueda de evitar la concentración de mercados. Si existe una característica de este primer movimiento, es su particularidad horizontal, puesto que se da entre empresas participantes en la misma industria.

El segundo período se remonta a mediados del siglo pasado. Este proceso se desarrolla de forma inicial en Estados Unidos y posteriormente se trasladaría a Europa, llegando a su fin con la crisis del petróleo²⁶. En este contexto, a diferencia del período antes mencionado, se debe dar como característica fundamental la predominancia de la integración vertical. La decisión de promover un proceso de fusión en esta época normalmente tenía como objetivo fundamental asegurar el suministro de materias primas²⁷. Fue una solución encontrada por las sociedades para lograr contrarrestar las altas regulaciones impuestas por el Estado en diferentes industrias, las cuales aparecían en forma de precios mínimos y cupos de importación limitados²⁸.

Finalmente, el último período histórico se lleva a cabo a mediados de los años ochenta, cuando la diversificación de actividades toma el papel preponderante en el ámbito empresarial, principalmente en Estados Unidos y Europa²⁹. Los motivos por los que se dan estas transformaciones tanto en el continente europeo como en Estados Unidos son muy

²³ *Id.*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Id.*, p. 20.

diferentes. En Estados Unidos tienen origen en la desregulación de los distintos sectores económicos, y en Europa se ocasiona por la creación del mercado único de 1992³⁰.

1.4. MODALIDADES DE FUSIÓN

El desarrollo de los procesos de reorganización normalmente ha respondido a las necesidades empresariales y el contexto histórico vivido, teniendo cada una de estas mayor o menor acogida en relación a la necesidad económica de la época³¹. Esto ha generado que se creen diferentes modalidades de fusión en respuesta a los diversos móviles empresariales³².

La doctrina reconoce diferentes clases de fusión. Inicialmente, clasifica a los operaciones de fusión en fusiones de importancia legal, y fusiones de relevancia económica.

1.5. FUSIONES CON RELEVANCIA LEGAL

1.5.1. FUSIÓN POR ABSORCIÓN

La característica fundamental de la fusión por absorción es que la empresa absorbente no se extingue como consecuencia de la reorganización, mantiene su razón social, y adquiere los activos y pasivos de la empresa absorbida. El proceso de fusión por absorción se consolida con el traspaso de los activos y pasivos de la empresa absorbida a la absorbente. La empresa absorbida deja de existir al momento de completarse este proceso. A esta modalidad la doctrina la ha llamado también fusión por incorporación, puesto que,

³⁰ *Ibid.*

³¹ Rui Sampaio. *Contribuciones para el estudio de la estrategia ... Óp. cit.*, p. 627.

³² *Ibid.*

se la concibe como una forma de concentración donde una entidad crece a medida que absorbe a otras con las que competía dentro de la misma industria³³.

En este sentido, el artículo 337 literal b de la Ley de Compañías considera que un caso de fusión se produce, cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo.

1.5.2. FUSIÓN POR CONSTITUCIÓN

Esta modalidad tiene como signo distintivo la creación de una nueva empresa resultante de la unión de sociedades que principiaron la fusión y desaparecieron. La doctrina también la conoce como fusión por creación. Al igual que la fusión por absorción, consiste en el traslado total de sus activos y pasivos a la nueva empresa. Se distingue porque el activo y pasivo de las sociedades se unen con el objetivo de crear una entidad nueva, diferente de las fusionadas, siendo este el motivo por el cual la sociedad se disuelve pero no se liquida³⁴.

Por motivos de evidente naturaleza, en esta modalidad no existe distinción entre empresa compradora y adquirida, únicamente concurre la desaparición de ambas entidades, a la vez que se crea una nueva. Uno de los elementos que ha vuelto interesante este tipo de fusión es que aparentemente garantiza igualdad entre las sociedades fusionadas.

El primer literal del citado artículo 337 de la Ley de Compañías reconoce esta modalidad de fusión, al manifestar que existe fusión cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones.

1.5.3. FUSIÓN IMPROPIA

Una forma operativa para efectuar una adquisición es la simple aportación de capital o la compra de acciones de una empresa. En la fusión impropia, la compañía de la cual se

³³ Carlos Villegas. *Tratado de las sociedades*. 1era ed. Santiago De Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 168.

³⁴ *Ibid.*

adquieren acciones no pasa a integrar la sociedad compradora. Ha venido cobrando importancia con el paso del tiempo en la Unión Europea (especialmente en Suiza), Japón y Estados Unidos³⁵. Es una fusión con aportación de activo, dando lugar a una nueva sociedad o únicamente al aumento de tamaño de una entidad preexistente³⁶.

Normalmente opera mediante la oferta pública de acciones por parte de una empresa, dirigida a los accionistas de la empresa cuyas acciones desean. Tiene como finalidad por parte de la sociedad compradora tomar el control de la entidad adquirida sin ser propiamente dueña de la misma. Al tener acceso y control de la entidad, pueden llegar a realizar cambios que consideren importantes, y en un futuro, buscar una fusión completa, de esta forma, la adquisición va normalmente seguida de una fusión posterior³⁷.

Nuestra legislación no contempla esta modalidad pero es necesario mencionarla por la importancia doctrinaria y la acogida que ha tenido en algunos países.

1.5.4. LA FUSIÓN EN ECUADOR

La Ley de Compañías dentro de su sección 10ª desarrolla el capítulo de la Transformación, de la Fusión y de la Escisión. En este cuerpo normativo se puede diferenciar dos tipos de fusión, la fusión por constitución y la fusión por absorción.

A pesar de esta diferenciación constituida en el ámbito societario, el tratamiento legal en la Ley de Régimen Tributario Interno y en el Código Tributario, no hacen distinción alguna sobre la modalidad de fusión. En el ámbito fiscal, el Código Tributario no da ninguna referencia expresa sobre fusiones.

Actualmente la Ley Orgánica de Control y Regulación del Poder de Mercado hace referencia a la fusión como un proceso del que puede resultar una concentración. Al igual que en el ámbito tributario, la fusión por absorción o por constitución tienen el mismo tratamiento.

³⁵ Cesar García Novoa. *El fondo de comercio en los procesos de reestructuración empresarial. Especial referencia al fondo de comercio financiero. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 522.

³⁶ Miguel Ángel Sastre Castillo y Francis Blasco López. *Diccionario de dirección de empresas y Marketing*. Madrid: Ecobook, 2009, p. 113.

³⁷ Cesar García Novoa. *El fondo de comercio en los procesos ... Óp. cit., p. 522.*

1.6. FUSIONES CON RELEVANCIA ECONÓMICA

1.6.1. FUSIÓN HORIZONTAL

La fusión horizontal es un tipo de reorganización empresarial normalmente emprendido entre dos empresas pertenecientes a la misma industria, pero no es exclusiva a este tipo de sociedades. Regularmente esta forma de fusión se da por la conveniencia de producción a escala y la reducción de entidades que compitan en la misma industria. La utilidad nace de mejorar los costos de adquisición en la compra de materia prima por la compra de montos superiores. Históricamente, se ha evidenciado que esta fusión puede lograr consolidación en el mercado³⁸. La aplicación de una fusión horizontal nos demuestra un intento de incrementar el desarrollo y capacidad interna de la sociedad, aunque nazca de un proceso costoso y lento.

Existen entidades, como la Comisión Europea, que estudian este tipo de fusiones con la intención de evitar la concentración del mercado. Por este motivo es que algunas formas de reorganización empresarial suelen entrar a un estudio donde se analiza la viabilidad de la fusión. En Estados Unidos, la *Federal Trade Commission* usa fórmulas como por ejemplo el índice *Herfindahl- Hirschman*, que mide la concentración del mercado para determinar las fusiones horizontales que serán permitidas³⁹.

La fusión horizontal es la más relevante dentro del derecho de la competencia, puesto que, dependiendo de las sociedades que intervengan, nace el riesgo de producirse una concentración de mercado. En el caso de ciertas empresas, por la relevancia que han logrado alcanzar dentro del mercado, obligatoriamente darán lugar a una concentración. Por este motivo, ha requerido de intervención estatal para no alterar la industria. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado manifiesta que existe una concentración horizontal cuando el agente económico a concentrarse opera en el mismo

³⁸ Cesar García Novoa. *El fondo de comercio en los procesos ... Óp. cit., p. 535.*

³⁹ Michael Parkin y Gerardo Esquivel. *Microeconomía: Versión para Latinoamérica*. Séptima ed. México: Pearson Educación, 2006, p. 14.

mercado relevante que el operador económico con el que se concentra, y considera que este proceso se puede dar a través de fusión⁴⁰.

1.6.2. FUSIÓN VERTICAL

Las fusiones verticales se originan cuando dos o más empresas que operan en diferentes puntos de la cadena de valor unen fuerzas y actúan como una sola. Al igual que en las fusiones horizontales, existen exámenes previos que pueden ejecutarse para conocer si la fusión altera o podría alterar el mercado. A pesar de lo manifestado, históricamente se ha demostrado que las fusiones verticales suelen llegar a ser menos problemáticas⁴¹.

Se puede pensar en distintos motivos que justifican este tipo de fusiones. Podemos mencionar la seguridad en la entrega de suministros, la reducción en el costo del impuesto al valor agregado hasta la entrega del producto al consumidor final, el acceso a canales de distribución, etc.⁴². La fusión vertical puede ser analizada como integración vertical hacia atrás, donde la firma adquiere un proveedor, o hacia delante, donde la firma compra un cliente⁴³. Cualquiera que sea el estudio, en el fondo, la intención de ambas es la misma, y consiste en optimizar los costos de transacción y reemplazar los intercambios de mercado por transacciones internas⁴⁴.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que existe concentración vertical en los casos donde los agentes económicos que intervienen forman parte de las diferentes etapas de la cadena productiva desde la fabricación de materia prima hasta su comercialización⁴⁵.

⁴⁰ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Guía Técnica para el análisis de operaciones de control económico*, p. 5.

⁴¹ Eduard Ballarín, Jordi Canals, y Pablo Fernández. *Fusiones y Adquisiciones ... Óp. cit.*, p. 24.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Id.*, p. 367.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Superintendencia de Control del Poder de mercado. *Guía Técnica para el ... Óp. cit.*, p. 5.

1.6.3. CONGLOMERADOS

Los conglomerados son grupos de empresas no relacionadas que intentan trabajar como una unidad o bajo la misma dirección empresarial⁴⁶. Estas entidades operan en sectores industriales que pueden o no tener relación entre sí. Las transacciones de conglomerado adoptan varias formas, pueden incluir desde la creación de joint ventures hasta fusiones propiamente dichas⁴⁷. Normalmente, la creación de un conglomerado se fundamenta en la diversificación de actividades.

Existen principalmente dos variedades de conglomerados: los industriales y los financieros. Los conglomerados industriales tienen como beneficio una forma común de operar manteniendo la capacidad de gestión descentralizada⁴⁸. Cada entidad dentro de este conjunto de empresas tiene autonomía para actuar y tomar decisiones económicas y administrativas libremente. El centro del conglomerado aporta con iniciativas generales y cada entidad va acomodando estas implementaciones a su realidad⁴⁹. Un segundo tipo de conglomerados son los estrictamente financieros. En el sistema financiero no existe una libertad como la detallada para los conglomerados industriales, puesto que, la centralización va hacia disposiciones de todas las entidades financieras del grupo, donde las decisiones carecen casi en su totalidad de autonomía y se encuentran sujetas a la decisión central⁵⁰.

1.7. REQUISITOS PARA REALIZAR UNA FUSIÓN

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, ha creado dos grupos determinados dentro de los procesos de fusión, separando las fusiones que tienen o podrían tener potencial concentrador del mercado y las que no la tienen. Esta ley crea un conjunto de normas regulatorias a los procesos de fusión específicamente, enfocándose en el

⁴⁶ Eduard Ballarín, Jordi Canals, y Pablo Fernández. *Fusiones y Adquisiciones ... Óp. cit.*, p. 23.

⁴⁷ *Id.*, p. 367.

⁴⁸ *Id.*, p. 368.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

derecho de la competencia. La sección cuarta de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado, titulada “*de la concentración económica*”, establece como requisito la autorización por parte de la entidad correspondiente. Esto opera para aquellas operaciones donde a consecuencia de una fusión ocurra una concentración económica, siendo esta el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos a través de actos como la fusión entre empresas⁵¹. Se entiende que un proceso de reorganización empresarial genera concentración a quienes tienen un volumen de negocios que supere en el ejercicio contable anterior el monto de remuneraciones básicas unificadas establecidas por la Junta de Regulación; y en casos donde se involucre a operadores dedicados a la misma actividad económica, y que a raíz de la operación se adquiera o incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo⁵². Las operaciones que cumplan con estas características deben ser notificadas previamente bajo el riesgo de que si deciden no realizar la notificación correspondiente, recaerá una sanción.

En lo que respecta al ámbito societario, la Ley de Compañías desarrolla los parámetros a los que se deben acoger todas las sociedades comerciales. Según esta ley, es necesario inicialmente el acuerdo de disolución para que, una vez aceptado, se transfieran todos los activos en conjunto a la compañía absorbente o a la nueva creada⁵³.

Terminada la disolución, se procede con el traspaso de la universalidad de los patrimonios sociales de cada sociedad hacia la nueva creada o hacia la absorbente⁵⁴. El traspaso de dominio del patrimonio total debe ser realizado a valor presente. El artículo 338 de la Ley de Compañías manifiesta que en los casos de fusión por absorción, la compañía absorbente *adquirirá* en la misma forma los patrimonios de las compañías absorbidas, aumentando capital social en la cuantía que proceda⁵⁵.

⁵¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 14, numeral 1. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

⁵² *Id.*, Artículo 16.

⁵³ Ley de Compañías. Artículo 338. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

⁵⁴ Romeo Carpio Rivera. *Fusiones y adquisiciones aspectos internacionales*. *Óp. cit.*, p. 209.

⁵⁵ Ley de Compañías. Artículo 338. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

La fusión debe cumplir con lo establecido por el artículo 340. Inicialmente la compañía absorbente deberá aprobar las bases de la operación y reforma al contrato social dentro de una junta extraordinaria convocada especialmente para el efecto⁵⁶. Este mismo procedimiento aplica para las sociedades que busquen realizar fusión por consolidación, pero se debe realizar una junta por cada entidad involucrada en la fusión. El proceso debe realizarse por escritura pública, y deberá ser aprobada por un juez o por la Superintendencia de Compañías en los casos de sociedades anónimas, en comandita, de responsabilidad limitada y de economía mixta, y surtirá efecto desde el momento de su inscripción⁵⁷. La junta aprobará el proceso de fusión con un número de votos igual al requerido dentro de los estatutos para la disolución voluntaria de la sociedad⁵⁸.

En el caso de la compañía absorbente, esta deberá asumir las obligaciones de la sociedad absorbida y asumirá las responsabilidades de un liquidador respecto a los acreedores de ésta⁵⁹. La escritura de fusión debe tener además del balance final de las compañías fusionadas, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento de capital de la compañía absorbente, y el número de acciones que hayan de ser entregadas a cada nuevo accionista⁶⁰. Finalmente, la ley establece que en todo lo que no haya sido regulado en la sección del capítulo correspondiente a la fusión, se acogerá a lo mencionado en el capítulo de la transformación⁶¹.

1.8. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FUSIÓN

En legislaciones de diferentes países de la región, los temas relativos a las fusiones, adquisiciones, escisiones, transformaciones, normalmente son trabajados de forma diferente a los procesos en general, puesto que, por la naturaleza de cada una de estas figuras, se ha intentado crear un entorno donde se evidencie favorabilidad tributaria a las reorganizaciones.

⁵⁶ *Id.*, Artículo 340.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Id.*, Artículo 341.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Id.*, Artículo 343.

⁶¹ *Id.*, Artículo 344.

Cuando dos o más compañías formen una nueva, necesariamente deberán entrar en proceso de disolución (sin liquidación). Esto tiene como antecedente el proceso de cancelación realizado en el Registro Mercantil.

La disolución tiene como consecuencia paralela la creación de una nueva entidad con estados financieros diferentes a los originales, y por otro lado, la extinción de las entidades jurídicas fusionadas. En el caso de la fusión por absorción, una entidad se mantiene existente al concluir el proceso.

Las operaciones de fusión no son pasibles de afectación del impuesto a la renta, toda vez que la sociedad transferente y la adquiriente no generan ganancia alguna⁶².

En Ecuador, la fusión asume la transmisión universal de bienes, siendo que lo que se transfiere es el total de derechos y obligaciones de una sociedad. En otras palabras, nos referimos a que la transferencia es la totalidad del activo y pasivo de la sociedad.

En palabras de HUNDSKOPF, la fusión es una operación que afecta a dos o más sociedades y conduce a la extinción de todas o de algunas de ellas, y a la integración de sus respectivos socios y patrimonios en una sola sociedad que las absorbe o en una sociedad de nueva creación⁶³.

Las fusiones implican continuidad de las sociedades en la esencia de la nueva entidad constituida o en la absorbida, aunque jurídicamente desaparecen. La continuidad entiende que los atributos de la sociedad continúan en sí misma.

Bajo lo mencionado, podemos sostener que existen finalmente tres consecuencias principales que serán enumeradas a continuación:

1. La unión de socios que se concreta con la emisión de la sociedad que se constituye o de la absorbente en favor de los accionistas de las sociedades que se extinguen; la sociedad participará en la nueva creada o en la absorbente en proporción a su aporte;
2. La transmisión a título universal de patrimonios, siendo esta la acumulación de activos y pasivos de cada una de las sociedades partícipes de la fusión. Esto permite la integración o la confusión de éstos en una misma sociedad, ayudando a que el

⁶² Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. Óp. cit.*, pp. 282-290.

⁶³ Oswaldo Hundskop. Las relaciones de canje en las fusiones y escisiones de sociedades. *Advocatus*, No. 13. (2005), p. 200.

traspaso patrimonial entre sociedades sea *uno actu*, dando lugar a la consolidación de balances un único estado financiero;

3. La extinción jurídica de las sociedades fusionadas, lo cual implica que, dependiendo de la modalidad de fusión elegida, alguna o todas deberán extinguirse sin pasar por un proceso de liquidación previo⁶⁴.

⁶⁴ Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. Óp. cit.*, p. 285. El libro a su vez cita a Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, t. II, 3era ed., Aguirre, Madrid: 1976, p. 749.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN DE AMORTIZACIÓN DE PÉRDIDAS

2.1. INTRODUCCIÓN

La amortización de pérdidas es un derecho con el que cuentan todas las sociedades con en todos los sistemas legislativos estudiados dentro de este trabajo. A pesar de lo mencionado, este derecho puede ser desconocido por parte de la administración tributaria, incluso con parámetros alejados de la ley. Dentro de una sociedad, el crédito tributario forma parte del conjunto de activos que posee. Como aprendimos en el primer capítulo, la fusión es la consolidación de dos o más balances que forman uno nuevo. En conjunto, al ser la fusión una consolidación de estados financieros, y la amortización de pérdidas un derecho de las sociedades, trataremos de encontrar si dentro de la legislación ecuatoriana existe algún tipo de impedimento para que los atributos fiscales, especialmente las pérdidas, puedan ser trasladadas en la fusión y amortizadas por la nueva sociedad creada.

Para constituirse y poder emprender los procesos iniciales necesarios para la operación, toda empresa realiza una serie de gastos denominados gastos de organización y constitución. La inversión inicial puede llegar a tener una elevada cuantía dependiendo del modelo de negocio organizado⁶⁵. Normalmente, como parte del giro del negocio, estos egresos son indispensables para el arranque de actividades.

Regularmente las sociedades acarrearán pérdidas durante los primeros años de operación, que, dependiendo de la industria en la que se desarrollen, tomará menor o mayor cantidad de tiempo para que puedan ser compensadas y recuperadas por la empresa. La pérdida no está ligada exclusivamente al período de inicio de actividades corporativas, sino que puede llegar en cualquier momento indistintamente, dependiendo del éxito o fracaso de las actividades emprendidas durante ese ejercicio impositivo o de otro tipo de factores externos.

⁶⁵ Mercedes Bravo. *Contabilidad General*. Quito: Facultad De Ciencias Administrativas de la Universidad Central Del Ecuador, 1998, p. 152.

La ley ecuatoriana, reconociendo las fluctuaciones que pueden tener las actividades empresariales en relación con los ingresos, revela que las sociedades tienen derecho a acarrear pérdidas sufridas en años anteriores, debiendo estas tener relación con la actividad del negocio. De esta forma, la entidad logra compensar rubros una vez obtenidas utilidades por la operación realizada, reduciendo la base imponible.

CORRAL define la pérdida como el saldo negativo entre los ingresos gravables del ejercicio y las deducciones autorizadas por la ley, cuando el monto de estas sea mayor a los ingresos obtenidos el mismo año⁶⁶. Es un criterio casi unánime en la doctrina que la amortización de pérdidas es un derecho con el que pueden contar las sociedades en todas las ocasiones, si deciden acogerlo.

El crédito concebido por la pérdida tiene como fundamento que las personas naturales o jurídicas que han generado utilidad en el ejercicio actual, pero que debido a diferentes motivos han acumulado pérdidas en ejercicios anteriores, tengan acceso a disminuirse estos rubros de su utilidad fiscal para el pago de impuesto a la renta.

Desde un punto de vista comercial, la deducción de pérdidas tiene sentido, ya que, si las sociedades no habrían realizado la inversión inicial, o los gastos correspondientes en un período determinado, nunca se habría generado utilidad. A su vez, opera como una especie de seguro que permite a las entidades conocer que en el futuro se podrán compensar los rubros negativos.

La pérdida podrá ser disminuida en el ejercicio donde se haya generado utilidad por primera vez, y de ahí, en los años posteriores de acuerdo a lo establecido por la ley⁶⁷. El régimen de amortización de pérdidas es una característica en común con la que cuentan diferentes sistemas tributarios, justificándose como incentivo y respaldo al empresario que intenta emprender un negocio, sabiendo que la carga obtenida durante los primeros años, y en general durante la vida de la empresa, podrá ser compensada en el futuro, descargando parte del esfuerzo realizado para que el negocio esté en marcha.

⁶⁶ Manuel Corral. *Estudio Práctico Del ISR Para Personas Morales: Con El Apoyo De 120 Casos Prácticos Sobre Temas de Compleja Interpretación*. Primera ed. México: Ediciones Fiscales ISEF, 2005, p. 319.

⁶⁷ *Id.*, p. 413.

2.2. EL IMPUESTO

Como correctamente expresa GIANINNI, el impuesto no tiene otro fundamento jurídico que lo justifique que la sujeción a la potestad tributaria del Estado⁶⁸. En virtud de esta potestad, el Estado exige coactivamente a los ciudadanos su contribución para poder cumplir sus fines⁶⁹. El impuesto es una institución de derecho público y no un contrato bilateral entre el Estado y los contribuyentes⁷⁰. Tampoco es una “carga real” que deban soportar los inmuebles como alguna vez se sostuvo doctrinalmente, sino que, únicamente una es una obligación unilateral impuesta coactivamente por el Estado en virtud de su poder de imperio⁷¹. Dentro de la unilateralidad del tributo destaca que el Estado lo decreta sin que la necesidad de que medie un acuerdo con los obligados, quienes únicamente deben cumplirlo conforme a la ley⁷².

El impuesto es el principal ingreso tributario para las arcas fiscales, siendo el instrumento más versátil para la actuación de la política tributaria⁷³. El Código Tributario en su artículo 6, describe los diferentes usos que puede tener el tributo. Manifiesta que además de ser medios para la recaudación de ingresos públicos, son instrumentos de política económica que estimulan la inversión, la reinversión, el ahorro y el desarrollo nacional⁷⁴. La designación de impuesto suele no traer tantas dificultades como ocurre con otros tributos⁷⁵. Sin embargo, existen una infinidad de definiciones que normalmente suelen diferir en aspectos muy puntuales⁷⁶.

Para JEZE, el impuesto es aquella prestación pecuniaria requerida a los particulares por vía de autoridad, a título definitivo y sin contrapartida, que tiene como finalidad cubrir

⁶⁸ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. 3era ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tomo I, 1984, p. 79.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² José Vicente Troya Jaramillo. *Derecho Internacional Tributario*. Serie de Estudios Jurídicos. Vol. 4. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990, pp. 109–110.

⁷³ *Id.*, p. 116.

⁷⁴ Código Tributario Artículo 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008.

⁷⁵ José Vicente Troya Jaramillo. *Derecho Internacional Tributario*. *Óp. cit.*, p. 116.

⁷⁶ José Luis Pérez. *Curso de Derecho tributario*. p. 191.

obligaciones públicas⁷⁷. De esta definición podemos dilucidar el carácter obligatorio del impuesto, además, la característica de exigencia sin contraprestación, y finalmente, que el presupuesto de hecho debe ser revelador de una supuesta capacidad contributiva.

El Modelo de Código Tributario para América Latina describe al impuesto como un tributo, cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente⁷⁸.

Dentro de lo mencionado, cabe destacar la necesidad en la existencia de impuestos tanto progresivos como regresivos, no solo para que el Estado tenga un ingreso que le permita actuar, sino, en búsqueda de redistribución de la riqueza.

2.3. IMPUESTO A LA RENTA DE SOCIEDADES

La amortización de pérdidas necesariamente tiene una referencia directa y única con el impuesto a la renta de sociedades, por lo que dentro del presente trabajo nos enfocaremos exclusivamente el tratamiento que tiene sobre las empresas. Los impuestos que gravan la renta de sociedades constituyen en todo sistema tributario el eje del ordenamiento encargado de regular las relaciones entre la administración tributaria y las sociedades⁷⁹. Desde el punto de vista material, el impuesto debe responder fielmente a los principios constitucionales que informan la ordenación de los tributos, siendo que constituye una importante herramienta para hacer realidad los dictados constitucionales⁸⁰. Desde el punto de vista formal, el impuesto debe convertirse en un punto de referencia obligado del buen hacer del legislador, siendo la regulación clara, inteligible y con miras a gozar de estabilidad⁸¹. De no ser así, la norma esconde discrecionalidad administrativa, que, plasmada en conceptos borrosamente configurados, mostrarán resultados en detrimento de la seguridad jurídica⁸².

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Rodolfo Spisso. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

⁷⁹ José Juan Ferreiro *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular*. 12ava ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996, p. 50.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Id.*, p. 51.

El ingreso es la base de la renta líquida gravable. Se determina mediante la suma de ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en un año. La condición es que estos ingresos sean susceptibles de producir incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, y que no hayan sido expresamente exceptuados por la ley⁸³. A esta suma se debe restar los costos y gastos imputables a tales ingresos, con lo cual se obtiene la renta bruta⁸⁴. Finalmente, se resta las deducciones, con lo cual se obtiene la renta líquida, siendo ésta la renta considerada gravable⁸⁵.

Para que el ingreso sea constitutivo de renta, es indispensable su efectiva realización. El ingreso se entiende efectuado cuando se recibe en dinero o especie el pago por la venta de un producto o la prestación de un servicio⁸⁶. También cuando el derecho a exigirlos se extingue en cualquier otro modo legal distinto al pago como los mencionados en el Código Tributario como formas de extinción de las obligaciones tributarias.

Existen dos corrientes doctrinales que fundamentan el concepto fiscal de renta: *la teoría de renta-producto, y la teoría de renta-incremento patrimonial*⁸⁷. De la estructura de la ley resalta que nuestro sistema ha recogido la teoría del incremento patrimonial como fundamento de la renta. Esta aseveración se fundamenta en que dentro del impuesto se grava la totalidad de la renta obtenida (renta neta) cualquiera que sea su fuente u origen.

Además, en la renta-incremento patrimonial, las operaciones de capital entre la sociedad y sus socios no suponen beneficio de la entidad⁸⁸. El incremento patrimonial de la empresa mediante las aportaciones de sus socios dan como resultado un incremento neto social, no es entendido como valor generado por la sociedad, como consecuencia, no es una partida gravable⁸⁹. En concordancia, la distribución de beneficios de la sociedad a sus socios, aunque disminuye el patrimonio neto social, no disminuye la renta de la sociedad puesto que no es pérdida o menor valor producido por la entidad⁹⁰.

⁸³ *Id.*, p. 266

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Id.*, p. 268.

⁸⁷ *Id.*, p. 204.

⁸⁸ *Id.*, p. 205.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

La normativa tributaria ecuatoriana entiende al impuesto a la renta como aquel que grava al ingreso global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras de acuerdo con las disposiciones de la ley⁹¹. La Ley de Régimen Tributario Interno considera renta al ingreso de fuente ecuatoriana obtenido a cualquier título, derivado del trabajo, del capital o de ambas, consistentes en dinero, especies o servicios, y los obtenidos en el exterior por sociedades nacionales⁹².

Esta cuenta por pagar (impuesto a la renta) con la Administración Tributaria se extingue en todo o en parte de los siguientes modos: solución o pago, compensación, confusión, remisión o con la prescripción de la obligación tributaria.

El artículo 1611 del Código Civil define al pago efectivo como la prestación de lo que se debe, demostrando que el pago es cumplir la prestación como ha sido concebida⁹³.

El artículo 1698 describe el presupuesto y efecto de la compensación pero no la define. ALESSANDRI, precisa que la compensación es la extinción de dos obligaciones recíprocas en la misma persona, haciendo inútil el pago⁹⁴.

La confusión es un modo de extinguir las obligaciones *ipso iure* cuando ocurren en una misma persona la calidad de acreedor y deudor⁹⁵.

La remisión es conocida como condonación o perdón. Es un modo de extinguir una obligación por la renuncia que el acreedor hace de los derechos que le pertenecen en favor del deudor⁹⁶.

La prescripción de la acción de cobro ocurre transcurridos cinco años contados desde la fecha en que fueron exigibles, o transcurridos siete años desde aquella en que debió presentarse la declaración, si ésta resultare incompleta o si no se la hubiere presentado⁹⁷.

⁹¹ Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 1. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

⁹² El Artículo 98 de la ley de régimen tributario interno menciona que el término sociedad comprende la persona jurídica, la sociedad de hecho, el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.

⁹³ Luis Parraguez Ruiz. Anexo Apuntes del Código Civil. Libro Cuarto: Teoría general de las obligaciones. Universidad Técnica Particular de Loja, p. 147.

⁹⁴ *Id.*, p. 223.

⁹⁵ *Id.*, p. 153.

⁹⁶ *Id.*, p. 147.

⁹⁷ Marlon Manía y Miguel Ruiz, M. *Tax Ecuador 2010*. Primera ed. Ecuador: TRENIO, 2010. p. 68.

2.4. EL HECHO IMPONIBLE

El hecho generador del impuesto a la renta de sociedades aparece cuando se configurado la renta, de lo que debe descontarse todos los gastos deducibles. El hecho generador, conocido también como hecho imponible, es un presupuesto de hecho considerado elemento fundamental de la relación tributaria, indispensable para que la ley recoja el nacimiento de la obligación de pago por parte del contribuyente⁹⁸. Por tanto, se entiende que el hecho generador debe estar claramente especificado en la ley, para ser libremente cumplido por el contribuyente.

El hecho generador tiene fundamentalmente tres funciones: ser origen del tributo, convirtiéndose en el criterio que, verificado, hace nacer a la vida jurídica la obligación tributaria⁹⁹. Además, cumple con una función de identificación, donde el hecho generador indica una institución como tributo¹⁰⁰. Finalmente, es materialización económica, donde el hecho generador debe ser apto para reflejar una aptitud económica del contribuyente para el pago¹⁰¹. En el fondo, es el hecho jurídico que, cumpliendo con lo establecido por la ley, genera la obligación de cumplir con el pago de un tributo.

El contribuyente no puede oponerse al cumplimiento de la obligación tributaria generada a raíz de su actuación, puesto que nace automáticamente con el solo hecho de verificarse el presupuesto legal establecido. No existe tampoco ninguna posibilidad de negociación sobre el valor a pagar, simplemente, se debe aceptar la obligación y cumplirla tal y como la ley lo ha estipulado.

El objeto imponible no está anclado a una actuación tributaria en un espacio geográfico determinado. Se puede generar obligación al pago incluso cuando la actividad haya sido realizada fuera del territorio nacional, reconociendo la capacidad extraterritorial de la ley tributaria. Es así como el artículo 8 de la Ley de Régimen Tributario Interno considera ingresos de fuente ecuatoriana i. Los percibidos por ecuatorianos y extranjeros por

⁹⁸ Marcelo Dávila. *La naturaleza jurídica de al especie valorada*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2009, p. 50.

⁹⁹ *Id.*, p. 51

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

actividades profesionales, industriales, comerciales, y otras de carácter económico realizadas dentro del territorio, salvo cuando han sido pagados en el exterior por sociedades extranjeras sin cargo al gasto de sociedades constituidas, domiciliadas o con establecimiento permanente en Ecuador; ii. Los percibidos por nacionales o extranjeros por actividades desarrolladas en el exterior, provenientes de sociedades con domicilio en Ecuador; iii. Cualquier otro ingreso que perciban las sociedades nacionales o extranjeras residentes en Ecuador¹⁰².

El artículo 4 del Código Tributario establece que son las normas tributarias las que, de forma exclusiva, determinarán el objeto imponible, la cuantía del tributo o la forma de establecerlo¹⁰³. El artículo 15 del mismo cuerpo legal indica que la obligación tributaria es un vínculo jurídico personal entre el Estado y las entidades acreedoras de tributos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley¹⁰⁴. El artículo 16 define al hecho generador declarándolo como el presupuesto establecido por la ley para configurar cada tributo¹⁰⁵.

La ley menciona que para determinar el hecho generador tratándose de un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o denominación utilizada por los interesados¹⁰⁶. A continuación manifiesta que, cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen¹⁰⁷.

La definición de la norma no refleja con exactitud la definición de hecho imponible dada por la doctrina. Esto ocurre porque su definición es demasiado resumida, además, de su lectura no se desprende un hecho diferenciador entre el impuesto sobre sociedades y el

¹⁰² Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 8. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹⁰³ Código Tributario. Artículo 8. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁴ *Id.*, Artículo 15.

¹⁰⁵ *Id.*, Artículo 16.

¹⁰⁶ *Id.*, Art. 17

¹⁰⁷ *Ibid.*

impuesto sobre personas físicas¹⁰⁸. Tampoco aparece de forma clara todos los elementos que determinan el nacimiento de la obligación.

2.5. AMORTIZACIÓN DE PÉRDIDAS

Existen diferentes acepciones de amortización. Desde el punto de vista contable, es un término utilizado para describir un proceso de extinción de obligaciones mediante el pago de cuotas¹⁰⁹. A pesar de ser ésta la definición más común, no ilustra el concepto en que nos vamos a enfocar dentro del presente trabajo. El término amortización al que nos referimos es una figura común en muchas legislaciones, donde el Estado deja de percibir el impuesto a la renta que de acuerdo a la ley le correspondería, con el objetivo de que la sociedad beneficiaria alcance a cubrir los saldos negativos afrontados por la sociedad para emprender el negocio, o los obtenidos en el transcurso del tiempo¹¹⁰. GRECO considera que la amortización es una figura que tiene como fundamento recuperar los fondos invertidos para producir, compensando los rubros que serán pagados en el futuro¹¹¹.

La empresa debe cargar la pérdida acumulada a una cuenta específica del estado financiero para que pueda ser restada del impuesto a la renta¹¹². Dentro del rubro quedará registrado el saldo por compensar, monto que podrá ser restado de la utilidad futura conforme lo establecido por la ley¹¹³.

La pérdida normalmente se ve reflejada en el ejercicio contable de un año¹¹⁴. El artículo 7 de la Ley de Régimen Tributario Interno reconoce este principio general estipulando que el ejercicio impositivo es anual y comprende el lapso de tiempo que va desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre¹¹⁵. Las cuentas de ingresos y gastos se cierran

¹⁰⁸ José Juan Ferreiro *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial ... Óp. cit.*, p. 203.

¹⁰⁹ Orlando Greco. *Diccionario Contable*. Cuarta ed. Buenos Aires: Valletta Eds., 2007, p. 37.

¹¹⁰ Manuel Corral. *Estudio Práctico del ISR para personas morales. Óp. cit.*, p. 314.

¹¹¹ Greco, Orlando. *Diccionario Contable. Óp. cit.*, p. 48.

¹¹² Diane Houghton y Ralph G. Wallace. *Manual De Términos y Procedimientos Contables*. Bilbao: Deusto, 1987, p. 23.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Id.*, pp. 91-92.

¹¹⁵ Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 7. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

al final del ejercicio contable. Los saldos obtenidos dentro de las mismas se transfieren mediante asientos de diario, del resultado obtenido convergen la utilidad o pérdida¹¹⁶.

Normalmente las empresas preparan un estado de pérdidas y ganancias del ejercicio contable. El estado de resultados presenta en un balance de situación, siendo lo expresado en este estado financiero lo que demostrará el saldo registrado para que la pérdida pueda ser trasladada¹¹⁷. La pérdida por amortizar (cuenta del estado financiero) es una cuenta específica que va a modificar el saldo de las utilidades obtenidas, registra y controla pérdidas del ejercicio y de ejercicios anteriores presentadas en el balance general como partidas pendientes de aplicar contra utilidades obtenidas¹¹⁸.

La Ley de Régimen Tributario Interno manifiesta que las sociedades pueden compensar las pérdidas sufridas en los ejercicios impositivos anteriores, con las utilidades gravables que se obtuvieren dentro de los cinco períodos impositivos siguientes, sin que se exceda en cada período el 25% de las utilidades obtenidas. La referida ley también indica que existe una posibilidad de deducir la totalidad de la pérdida en un solo período fiscal, siendo un caso específico y único, fuera de lo común, revelando que el saldo de los últimos cinco ejercicios será deducible en su totalidad, únicamente en el ejercicio donde la sociedad concluya con sus actividades de manera definitiva.

Podemos concluir que en nuestro sistema tributario es posible amortizar la pérdida en beneficio de las entidades que así lo deseen para reducir el impuesto a la renta por pagar, y en segundo término, que al ser la pérdida objeto de amortización, las sociedades pueden beneficiarse del saldo en un 20% cada año, teniendo como límite cinco años de amortización, o hasta un total del 25% de la utilidad, pudiendo esta amortizarse en la misma cantidad de tiempo o en un tiempo menor.

¹¹⁶ Diane Houghton y Ralph G. Wallace. *Manual De Términos y Procedimientos Contables*. Óp. cit., p. 92.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Isauro L. López. *Diccionario Contable, Administrativo y Fiscal*. Tercera ed. México: ECAFSA, 2001, p. 253.

2.6. DEDUCCIONES DEL IMPUESTO A LA RENTA

La deducción en general, puede ser entendida como una forma de restar o descontar una partida de una cantidad¹¹⁹. Es aquella partida que la ley fiscal permite se substraiga del ingreso acumulado, dando como resultado una integración a la base gravable, sobre la cual se va a descontar del ingreso obtenido para ese ejercicio fiscal¹²⁰. La doctrina concuerda que la deducción cumple con al menos dos características: i. se trata de partidas que disminuyen la renta bruta para obtener la renta líquida, y; ii. será la ley la que determine cuáles son las partidas, y mencionará los requisitos para que puedan ser aceptadas por la administración tributaria como factor que disminuye el monto del impuesto¹²¹.

Los gastos y costos incurridos que efectivamente pueden ser deducibles son los denominados gastos operacionales que incluyen, los gastos administrativos generales y los de ventas, distinguidos de los gastos financieros y los de capital¹²². Estos necesariamente deben ser considerados imputables a la actividad desarrollada, y únicamente pueden ser registrados en el ejercicio impositivo en el que se llevó a cabo. Es decir, el desembolso de dinero efectuado puede ser hecho por diversos conceptos, siempre y cuando estos estén acordes a cumplir con objetivos corporativos¹²³. Las cuentas que no pueden ser incluidas son todos aquellos rubros que cuenten con expensas ajenas al normal desarrollo de las operaciones, siendo su erogación no vinculada directamente con una operación empresarial determinada¹²⁴. UCKMAR considera que el gasto deducible normalmente permite obtener, mantener y conservar la ganancia gravada¹²⁵.

No son exclusivamente los gastos los únicos rubros que pueden ser deducidos del impuesto a la renta, debe tomarse en cuenta las erogaciones en general. Las erogaciones

¹¹⁹ Orlando Greco. *Diccionario Contable. Óp. cit.*, p. 180.

¹²⁰ Hugo Arrasco. *Glosario de términos fiscales, aduaneros y presupuestales*. IURE editors, 2007, p. 73.

¹²¹ Victor Uckmar, Giuseppe Corasaniti y Mauricio A. Plazas Vega. *Manual De Derecho Tributario Internacional*. Bogotá: Temis, 2010, p. 281.

¹²² Nelson Dávalos. *Diccionario Contable y Más*. Quito: ABACO, 2003, p. 246.

¹²³ *Id.*, p. 258.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Id.*, p. 262.

son el género y los gastos la especie, (un ejemplo de erogación es la amortización ya que no es propiamente gasto)¹²⁶.

Para que el gasto sea imputable al negocio requiere relación de causalidad, siendo un vínculo entre las deducciones y la actividad productora de la renta, entonces, el gasto es un antecedente necesario (causa) para la actividad productora de la renta (efecto)¹²⁷. Se debe añadir el principio de necesidad y proporcionalidad, puesto que cada rubro debe ser necesario y proporcional a cada actividad¹²⁸. Tienen fundamento en criterios comerciales, tomando en cuenta los gastos acostumbrados en cada actividad y las limitaciones legales¹²⁹. Existen erogaciones que no tienen sentido conmutativo como los gastos de publicidad, pues no hay contraprestación clara en sentido económico, no obstante, la práctica comercial acepta como normales en el giro de los negocios¹³⁰.

Del principio de imputabilidad se despliega que no serán atribuibles los pagos imputables a rentas exentas o ingresos no constitutivos de renta¹³¹. Esto incluye aquellos pagos que tengan relación directa, siendo que el mismo contribuyente no puede aprovechar un mismo hecho económico para un doble beneficio tributario¹³². Es de mucha utilidad la propuesta de la *International Bureau of Fiscal Documentation*:

Deductions (sometimes referred to as tax deductions) are generally items, which may be subtracted, or deducted, in computing taxable income. Deductions are most commonly given in relation to actual expenditure but they may also be fixed amounts, in lieu of actual expenditure. Deductions may be limited, e.g. by reference to a fixed percentage of the related income. The term deduction is sometimes used interchangeably with allowances¹³³.

La Ley de Régimen Tributario Interno manifiesta en su artículo 10 que para determinar la base imponible de impuesto a la renta, se deben tomar en cuenta los gastos que se

¹²⁶ *Id.*, p. 281. El autor cita a Giulianani Fonrouge (libro *Derecho financiero*. Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1993, p. 913.

¹²⁷ *Id.*, p. 284.

¹²⁸ Víctor Uckmar, Giuseppe Corasaniti y Mauricio A. Plazas Vega. *Manual de Derecho Óp. cit.*, p. 284.

¹²⁹ No podría considerarse un gasto acostumbrado el que tiene su fuente en el quebrantamiento de normas legales, puesto que esto equivaldría a premiar lo que esta reprobado, como en el caso del desencaje bancario que se solicita como deducción.

¹³⁰ Víctor Uckmar, Giuseppe Corasaniti y Mauricio A. Plazas Vega. *Manual de Derecho Óp. cit.*, pp. 80-81.

¹³¹ *Id.*, p. 286.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Id.*, p. 284. Citan a *IBDF International Tax Glossary, The Netherlands*, IBDF, 2005, p. 109 -110.

efectúen con el objetivo de obtener, mantener y mejorar los ingresos¹³⁴. El mismo artículo menciona todos aquellos rubros que pueden ser deducidos. De forma general, se puede mencionar que se consideran deducibles los costos y gastos imputables al ingreso, y en específico, las pérdidas que se efectúen en relación al giro ordinario del negocio¹³⁵.

La pérdida incurrida mencionada por el artículo 10, puede ser compensada con las utilidades gravables obtenidas en los cinco períodos impositivos posteriores, conforme los parámetros existentes dentro de la ley.

Es preciso mencionar que no serán deducibles los costos o gastos que se respalden en comprobantes de venta falsos, contratos inexistentes o realizados con personas o sociedades inexistentes, fantasmas o supuestas¹³⁶. En este caso, sin tomar en cuenta la relación del rubro con el giro del negocio, puede ser desechado por no existir el comprobante que sustente el costo incurrido o, en el caso de existir, por carecer de validez jurídica para la administración tributaria.

2.7. TRASLADO DE ACTIVOS Y PASIVOS COMO CONSECUENCIA DE LA FUSIÓN

Como ha quedado esclarecido que la fusión es un proceso caracterizado por la transmisión universal de derechos y obligaciones, es momento identificar la naturaleza del crédito tributario de las sociedades en la fusión.

Una entidad tiene un activo cuando, debido a un hecho ocurrido, tiene el control excluyente sobre los beneficios que produce un bien¹³⁷. Un bien es un objeto material o inmaterial valorable en dinero. El valor es la cualidad que justifica que, por poseerlo, una sociedad entregue una suma de efectivo u otro bien, asuma una obligación o se incremente

¹³⁴ Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 10, numeral 8. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Marlon Manía y Miguel Ruiz, M. *Tax Ecuador 2010. Óp. cit.*, p. 154.

¹³⁷ *Id.*, p. 47.

el capital, en cualquier caso, algo tiene valor cuando representa efectivo o tiene aptitud para generar un flujo positivo de efectivo¹³⁸.

Constituyen activos: i. el efectivo, ii. otros bienes que pueden generar flujos positivos de efectivo incluyendo cosas tangibles o intangibles susceptibles de enajenación individual¹³⁹. Tienen esta misma consideración los intangibles que no sean enajenables individualmente, pero contribuyen a la obtención de dichos flujos, y los derechos contra terceros¹⁴⁰.

Los activos son recursos económicos que se espera beneficien al negocio en el futuro, todos tienen un valor monetario¹⁴¹. La cuenta por cobrar es una promesa de recepción futura de efectivo que puede originarse por diferentes motivos¹⁴². Es una forma de *crédito* en favor de una sociedad o de una persona, normalmente por ventas o servicios no cobrados¹⁴³. La cuenta por cobrar en sentido amplio incluye una variedad diferente de derechos a ser cobrados, debiendo constar de forma clara como rubro en el estado financiero¹⁴⁴.

A pesar de que en algunos casos la doctrina hace distinción entre el crédito tributario como cuenta del activo específica del impuesto sobre el valor agregado, y le otorga una denominación distinta a la cuenta cuando es específica de impuesto a la renta, nuestra legislación no realiza tal distinción y el concepto puede ser utilizado indistintamente tanto para IVA como para renta.

AGUILAR considera que en apariencia, el crédito tributario podría considerarse *privilegia personae*, pero a su juicio, no es un derecho reconocido por la calidad personal del titular sino por la naturaleza del crédito y del interés colectivo tutelado¹⁴⁵. El crédito tributario asume el reconocimiento por parte del Estado de un derecho, siendo éste

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Charles T. Horngren, Walter T. Harrison, and M. Suzanne. Oliver. *Accounting*. 8va ed. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2009, p. 10.

¹⁴² *Id.*, p. 65.

¹⁴³ O. Greco O., A. Godoy. *Diccionario Contable y Comercial*. *p. cit.*, p. 243.

¹⁴⁴ Nelson Dávalos y Geovanny Córdova. *Diccionario Contable y más*. *p. cit.*, p. 248.

¹⁴⁵ Mariana Aguilar Rubio. *Crédito tributario y concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2009, p. 43.

susceptible de ser descontado del impuesto líquido causado en forma de deducción, y ser restado del ingreso bruto del contribuyente para la renta o base imponible del impuesto¹⁴⁶.

En base a lo expuesto, entendemos que el crédito tributario es en este caso una cuenta por cobrar en favor de la sociedad, y aunque no necesariamente implica un derecho de crédito contra el Estado, para el tema planteado, se lo entiende de esta forma. La correspondencia entre cuentas nace porque estos activos representan un derecho a ser cobrado por parte de la sociedad. Bajo esta similitud, tanto el crédito tributario, como la cuenta por cobrar, son rubros que forman parte del activo de cada entidad.

2.8. CONCLUSIONES DE LAS CONSECUENCIAS TRIBUTARIAS DE LA FUSIÓN

El Código Tributario no realiza ningún tipo de mención exclusiva en relación a las consecuencias fiscales de la fusión. Sin embargo, existen algunas normas que de forma aislada que tratan vagamente el tema pero que nos permiten llegar a importantes conclusiones sobre la temática planteada.

Dicho cuerpo legal declara como responsable tributario a las sociedades que sustituyan a otras, haciéndose cargo del activo y pasivo en todo o en parte en los casos de fusión, transformación, absorción o cualquier otra forma¹⁴⁷. En el caso de fusión, será la sociedad absorbente o la entidad creada por constitución la que deba asumir la responsabilidad de las obligaciones tributarias existentes.

Encontramos también importante mencionar que mientras la correspondiente inscripción de fusión no ha sido realizada, cada entidad debe continuar haciéndose cargo de sus responsabilidades tributarias de forma independiente hasta cumplir con todos los requisitos legales.

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno no menciona nada sobre el tratamiento que debe tener la fusión en temas relativos al impuesto sobre la renta. En materia de impuesto al valor agregado (IVA) es completamente diferente. La ley señala

¹⁴⁶ O. Greco O., A. Godoy. Diccionario Contable y Comercial. *Óp. cit.*, p. 247.

¹⁴⁷ Código Tributario. Artículo 28, numeral 3. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

que por tratarse de traspasos que no son objeto del impuesto, toda transferencia de dominio donde se transfiera el total de activo y pasivo, no causará impuesto al valor agregado¹⁴⁸.

Así también la entiende la doctrina. CAHN-SPEYER WELLS considera que la fusión por absorción aparentaría ser una adquisición, sin embargo, incluso si asumimos equivocadamente que este punto de vista es correcto, la fusión entra en un régimen fiscal especial por no tratarse propiamente de una compraventa sino una transmisión a título universal de derechos y obligaciones¹⁴⁹. En estos casos, más que una venta existe un intercambio, de manera que no se realiza una pérdida o ganancia de capital al momento de la transacción¹⁵⁰.

Al momento de la resolución aprobatoria y posterior inscripción en el Registro Mercantil, la sociedad absorbente, consolidará balances generales y estados de pérdidas y ganancias de las compañías fusionadas, cortados a la fecha de dicha inscripción¹⁵¹. Este mismo procedimiento debe seguirse en los casos donde exista fusión por consolidación. En la fusión por consolidación se tendrá como estado de pérdidas y ganancias y balance general, a los resultantes de la consolidación¹⁵².

La sociedad creada o la absorbente será responsable a título universal de todas las obligaciones tributarias existentes al momento de realizada la reorganización empresarial, siendo que el traspaso de dichos activos y pasivos no estará sujeto al pago de impuesto a la renta.

Existen tres tratamientos tributarios preferenciales determinados en la ley a favor de la reorganización empresarial¹⁵³. Inicialmente, se permite que los gastos producidos con respecto a la reorganización sean deducibles del impuesto a la renta, aunque estos no estén relacionados con la generación del ingreso¹⁵⁴. En segundo lugar, la transmisión del activo y pasivo realizado entorno a los procesos de fusión no se encontrará sujeta al pago de impuesto a la renta, y no será gravable ni deducible el mayor o menor precio que refleje el

¹⁴⁸ Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 54, numeral 3. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹⁴⁹ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 22.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Romeo Carpio Rivera. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 209.

¹⁵² *Id.*, p. 210.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

valor de las acciones o participaciones de los socios¹⁵⁵. Finalmente, al no ser consideradas operaciones sujeta de impuesto, en todos los casos, no causará IVA¹⁵⁶.

En lo que respecta al traslado de atributos fiscales, específicamente de pérdidas, consideramos que lo que se traslada en una reorganización empresarial, es el acumulado de activos y pasivos de ambas en el caso de fusión por consolidación, y el de la empresa absorbida en el caso de fusión por absorción. Todos los derechos y obligaciones de las sociedades se trasladan de igual manera para dar vida a la nueva entidad.

De la misma forma, entendemos que el crédito tributario de impuesto a la renta forma parte de la masa de activos de la empresa, puesto que, es un derecho de la sociedad que puede ser cobrado en el futuro, o reducido del impuesto por pagar a favor de la sociedad.

Concordamos con CÓRDOVA al concluir que bajo la premisa de que las reorganizaciones implican la continuidad jurídica de las sociedades en cabeza de las entidades absorbentes, y que existe neutralidad fiscal sobre estos, debe concluirse que la transmisión de atributos fiscales es una consecuencia lógica del sistema¹⁵⁷. La transmisión a título universal fundamenta el traslado de atributos fiscales de las sociedades o los fondos de comercio absorbidos, suponiendo el derecho de las sociedades adquirentes a deducir las pérdidas tributarias de las transferentes¹⁵⁸.

En el mismo sentido, al ser el crédito tributario un activo de la sociedad, y bajo el criterio de que la fusión implica el traslado a título universal de activos y pasivos, el traslado de pérdidas entre empresas resulta indiscutible.

Por los argumentos citados dentro de este capítulo, concluimos que la amortización de pérdidas es un derecho con el que cuentan todas las sociedades, y que este debe ser trasladado como parte del universo de activos que se acarrea al realizar la fusión, logrando que las compañías se acojan a este beneficio fiscal lógico hasta en el plazo establecido por la ley.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 54, numeral 4. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹⁵⁷ Alex Córdova Arce. *El régimen de las fusiones y adquisiciones de empresas. Óp. cit.*, p. 297. Cita a José Sánchez Olivan. *La fusión* cit. p. 47.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 298.

Concordamos completamente con las palabras de ROMEO CARPIO RIVERA. El expositor ecuatoriano considera: “en lo que respecta al traslado de atributos fiscales, (pérdidas para reducir el impuesto a la renta), siendo el crédito tributario considerado un activo de la compañía, este puede ser trasladado a las nuevas compañías”¹⁵⁹.

No sucede lo mismo con el crédito tributario del impuesto al valor agregado. Para el caso de IVA, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno dispone que el saldo pendiente del crédito tributario deberá ser incluido en el costo¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Romeo Carpio Rivera. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 210.

¹⁶⁰ *Ibid.*

CAPÍTULO III

EL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO Y EL CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

3.1. EL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO

A pesar de que ha quedado demostrado en el capítulo anterior que la amortización y traslado de pérdidas es un derecho con el que gozan todas las sociedades en Ecuador, este puede verse amenazado por la aplicación de ciertos principios ajenos a la legislación ecuatoriana. Entre estos podemos destacar, en relación a nuestro trabajo, al motivo económico válido.

Este principio ha sido reconocido en diferentes regímenes con distinto matiz. Resalta dentro de este concepto que pocos han sido los cuerpos normativos que coinciden en la forma de entenderlo. A pesar de que el sistema tributario ecuatoriano no contempla este concepto, en la práctica se lo podría implementar, aunque en la mayor parte de los casos, se desconozca del tratamiento del mismo. En concordancia con lo desarrollado dentro del presente trabajo, trataremos de encontrar si, a pesar de que el traslado de pérdidas es un derecho de las sociedades, la fusión debe tener un motivo económico válido para que el acarreo de atributos fiscales sea posible.

3.1.1. ORIGEN - LA NEUTRALIDAD FISCAL

El motivo económico válido tiene como antecedente fundamental la neutralidad fiscal, siendo este un principio económico propuesto previamente, con el objetivo de respaldar el criterio de que los seres humanos no deben empañar sus decisiones con elementos ajenos a su voluntad, específicamente en lo relacionado con tributos. Propiamente, el principio se refiere a que los impuestos no deben direccionar las acciones económicas de los agentes, sino que deben motivarse en asuntos ajenos al régimen fiscal.

La noción fundamental de neutralidad fiscal fue desarrollada por el filósofo y padre de la economía clásica ADAM SMITH, quien pensaba que los impuestos no deben alterar el normal comportamiento de los agentes dentro de la economía¹⁶¹. Aproximadamente 100 años después, JOHN STUART MILL, economista de nacionalidad inglesa, desarrolla el principio y concluye que la neutralidad fiscal tiene como punto fundamental el hecho de que los tributos no deben incidir en la forma de actuar de los agentes en todos los casos donde estas modificaciones provoquen distorsiones en la competencia¹⁶².

La neutralidad impositiva propone en resumidas cuentas que la noción tributaria no debe incidir en la toma de decisiones empresariales¹⁶³. FREYTES, asentándose en el principio, concluye que la fiscalidad no debe ser un freno ni tampoco un estímulo para la toma de decisiones de las entidades¹⁶⁴. El criterio de neutralidad fiscal es propiamente económico y el área tributaria no la ha tratado directamente, sin embargo, aparece permanentemente al tratar temas jurídicos fiscales.

Este principio ha ido perdiendo fuerza en el campo del derecho tributario con el tiempo. En el presente, pensar que en el medio corporativo se debe tomar decisiones con independencia absoluta de las consecuencias tributarias es esencialmente incongruente con el sistema. Resultaría más certero reconocer la naturaleza de las sociedades, aceptando el carácter esencial del tributo en sus decisiones como parte de su planificación. NEUMARK trabaja este pensamiento desde una perspectiva tanto negativa como positiva desde el punto de vista estatal. A su criterio, la neutralidad fiscal no debe incidir en factores que interfieren en la competencia dentro del mercado (ámbito negativo), y a su vez, considera que existe la obligación estatal de diseñar políticas fiscales que promuevan la sana competencia entre los diferentes sectores del mercado (ámbito positivo)¹⁶⁵.

Dentro de la Comunidad Europea, el principio rector que inspira las reorganizaciones empresariales es el criterio de neutralidad fiscal, evidenciándose en la Directiva

¹⁶¹ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos Internacionales. Óp. cit.*, p. 11. El autor cita Adam Smith. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 726.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Id.*, p. 16.

¹⁶⁵ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos Internacionales. Óp. cit.*, p. El autor cita Neumark, Fritz. *Principios de la Imposición*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1994, p. 882.

comunitaria al manifestar que el Estado podrá negarse a aplicar el régimen de beneficio tributario, cuando la realización de las operaciones tenga como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal¹⁶⁶.

La imprecisión sobre cuándo realmente cabe el criterio de neutralidad fiscal se evidencia en algunos puntos. Esta discrepancia emerge en casos como en los que se asegura, se debe tratar de forma económicamente equivalente a las rentas generadas por operaciones cuyos efectos sean análogos. Esto nos traslada a la equivocada conclusión de que una compraventa, una fusión o una escisión, cuando el propósito de su realización realmente implique una transferencia patrimonial, debería gravarse en idéntica forma si el resultado obtenido es el mismo¹⁶⁷. En esencia, lo que debería tratarse bajo el criterio de neutralidad tributaria, es que el Estado no debe introducir tributos que distorsionen el mercado favoreciendo a unos y perjudicando a otros¹⁶⁸.

La neutralidad económica fiscal debe tener en cuenta que en algunas ocasiones los Estados se ven obligados a alejarse de esta tendencia al utilizar política tributaria con el objetivo de fomentar el desarrollo económico o incentivar una actuación por parte del ciudadano. Sin embargo, autores como GARCÍA NOVOA, demuestran ser completamente opositores al principio. El autor asegura que los motivos internos para la toma de decisiones en ningún caso deben tener relevancia jurídica, ya que se hallan en el interior de la esfera de las intenciones de los particulares¹⁶⁹.

En forma de resumen, concordamos con algunos autores quienes manifiestan que no existe neutralidad fiscal por parte de los agentes económicos cuando deciden tomar decisiones con el objetivo de reducir su carga impositiva, de la misma forma en la que no

¹⁶⁶ Efrén Minuche Zambrano. *El Principio de "Realidad Económica" en el Derecho Tributario*. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-economico/359a378_elprincipio.pdf (acceso: 3/1/2015), p. 364. El autor cita a los tratadistas Dr. Carlos María Giuliani, Dr. Rubens Gómez de Souza y Dr. Ramón Valdés Costa como comentaristas del artículo 8 del Modelo de Código Tributario para América Latina, que es el equivalente al artículo 17 del Código ecuatoriano. El Código Tributario ecuatoriano fue aprobado el 23 de diciembre de 1975 acogiendo parcialmente lo propuesto por el modelo de código tributario.

¹⁶⁷ *Id.*, p. 12.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 13. Este principio admite excepciones debidamente motivadas por el interés general, o excepcionalmente por necesidades coyunturales, las cuales se fundamentan en principios constitucionales, principalmente en el de equidad. El libro cita a Glaize, Antoine. *La neutralidad y equidad tributaria en el comercio electrónico*. Boletín AFIP del 1/9/2000, No. 38, p. 1391.

¹⁶⁹ *Id.*, p. 24.

existe neutralidad fiscal cuando el Estado utiliza impuestos para reducir o inducir el consumo de un producto. Por este motivo consideramos en el sistema ecuatoriano, al existir tanto la posibilidad de que el contribuyente utilice planificación tributaria que lo llevará a tomar decisiones determinadas, y a la vez, un Estado que emplea permanentemente el uso de impuestos como el ICE para disuadir el consumo de ciertos productos, no existe neutralidad fiscal.

3.1.2. EL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO

Si existe un argumento innegable sobre el motivo económico válido, es que el significado del término se desconoce o al menos, no existe uniformidad de criterios para describirlo. Este concepto tiene su origen en el derecho comunitario europeo, y ha causado en la doctrina enormes controversias, no únicamente sobre cuál es el significado del mismo, sino cuál es el alcance que podría tener.

Podemos mencionar la posición de la norma comunitaria que, citando a CAHN-SPEYER WELLS, de manera *imprecisa* dispone que “el hecho de que una de las operaciones de reestructuración no se efectúe por motivos económicos válidos, como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación ...”¹⁷⁰. La norma en este caso está tratando de ejemplificar motivos económicos válidos, pero no define su esencia. Se entiende, por la estructura de la oración, que la racionalización de actividades y la reestructuración son únicamente dos modelos de motivos económicos válidos, y no los únicos.

STELLA REVENTÓS CALVO expresa que una reestructuración responde a un motivo económico válido siempre que obedezca a un móvil empresarial, tomando en cuenta la funcionalidad de la empresa¹⁷¹. Esta definición nuevamente nos sitúa en la misma línea, donde, por la enunciación empleada, se desconoce el sentido y alcance del concepto.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 17.

¹⁷¹ *Id.*, p. 25.

La tantas veces citada sentencia *Leur Bloem*, expresa que basta la existencia de un motivo económicamente válido para que la búsqueda de ventajas sea aceptable¹⁷². El mismo Tribunal de Justicia (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea), para el caso *Cadbury Schweppes*, cambia abismalmente su posición manifestando que los motivos económicos son válidos, *a menos que se trate de un montaje puramente artificial*¹⁷³.

A nuestro entender, lo que resalta en las distintas tesis que han intentado definir el concepto de motivo económico válido, es la consideración de la causa. El motivo económico válido reduce a un segundo plano la autonomía de la voluntad, poniendo a la causa como la llave que abre las puertas a la validez a la operación. Sin embargo, esto no será analizado como parte de este trabajo puesto que, a diferencia de las definiciones de motivo económico válido citadas, consideramos que la causa no debe formar parte del dentro del análisis de esta figura.

SEGARRA concluye que la evaluación del motivo económico válido, en cuanto es un concepto jurídico indeterminado, es peligrosamente subjetivo y permite al juzgador decidir con arbitrariedad¹⁷⁴. En el análisis de lo mencionado, básicamente llegamos a la conclusión de que no existirá motivo económico válido cuando la autoridad tributaria determine beneficio fiscal a favor de la sociedad, normalmente, esta conclusión suele ser alcanzada empleando el criterio de la realidad económica.

3.1.3. AUSENCIA DE MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO: ¿SIMULACIÓN, EVASIÓN, ELUCIÓN, FRAUDE O ABUSO DE DERECHO?

La tendencia europea general sobre el motivo económico válido es que, para todos los casos donde no exista un motivo económico considerado válido según el entendimiento de la administración tributaria, se considera que la operación ha tenido como finalidad única perseguir un fraude o evasión fiscal. A pesar de que la doctrina y la jurisprudencia han

¹⁷² *Id.*, p. 21. Se cita a la sentencia TJCE del 17/7/1997, C-28/95.

¹⁷³ *Id.*, p. 22. Se cita a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 12 de Septiembre de 2006. Asunto C-196/04.

¹⁷⁴ *Id.*, p. 20.

dado importantes pasos sobre el tema, en Latinoamérica y Europa todavía se considera a la falta de motivo económicamente válido esencialmente ilegal.

RODRÍGUEZ informa en su ponencia que la administración tributaria española ha llegado al extremo de defender que el solo hecho de ocurrencia donde se demuestre que se busca conseguir una ventaja fiscal, excluye la aplicación del régimen de diferimiento preferente, incluso en aquellos casos donde se podría evidenciar beneficio en el mercado, o cualquier otra forma de motivo económico válido¹⁷⁵.

El artículo 11 de la ya citada Directiva europea establece que el hecho de que una de las operaciones no se efectúe por motivo económico válido, puede constituir una presunción de que ésta operación tiene como objetivo el fraude o la evasión fiscal¹⁷⁶.

La autoridad tributaria colombiana ha emitido una serie de conceptos de obligatorio cumplimiento para los funcionarios de impuestos. Esta ha llegado a confundir los términos de elusión fiscal, evasión fiscal y simulación bajo el nombre de fraude fiscal, determinando que es necesario decretar el fraude fiscal en todas las ocasiones donde el contribuyente se vea beneficiado en su impuesto, debiendo emplear el principio constitucional de sustancia sobre la forma¹⁷⁷.

Según se evidencia en la mayor parte de legislaciones estudiadas, se ha podido notar que, de modo generalizado, existe la tendencia de entender a la fusión como un instrumento peligroso que, de no ser penalizado o sancionado, puede llegar convertirse en una herramienta de las sociedades para perjudicar al Estado. Esta consideración ha hecho que los cuerpos legales supongan a “la ausencia de motivo económico válido” como simulación, fraude, evasión, elusión o abuso de Derecho, dependiendo del Estado.

A continuación se tratará de analizar si alguna de las formas mencionadas de concebir a la fusión que carece de motivo económico válido tiene realmente sentido.

¹⁷⁵ *Id.*, p. 24.

¹⁷⁶ *Ibid.*, Se cita el Artículo 11, Directiva 90/434/CEE.

¹⁷⁷ *Id.*, p. 30.

3.1.3.1. SIMULACIÓN

Esta figura denota la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo). Consiste en el acuerdo entre dos o más personas para fingir una convención, con el entendido de que esta no habrá de producir en todo o en parte, los efectos aparentados; o en disfrazar, mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con otro negocio diferente; o en camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero¹⁷⁸. Existen tres características para que se configure simulación:

i. La divergencia entre la voluntad y la manifestación pública: agentes crean una ficción premeditadamente desprovista de toda eficacia entre ellos, es requisito esencial que la manifestación pública difiera de la voluntad real de los agentes¹⁷⁹.

ii. El concierto simulatorio: aunque se presente discrepancia entre la declaración pública de los agentes y la voluntad real, no se estructura simulación si dichos agentes no han celebrado un acuerdo privado¹⁸⁰. Por lo tanto, no se puede configurar simulación en los actos unipersonales, en los que por definición, hay un agente único, y por ende, una voluntad y declaración única¹⁸¹.

iii. El engaño a terceros: simular es aparentar lo que no es, carece de sentido calificar de simulada una actuación que nada oculta a alguien¹⁸². Este engaño debe necesariamente producir consecuencias jurídicas para que se considere de relevancia, puesto que puede haber simulaciones legales¹⁸³.

Para que exista simulación deben concurrir simultáneamente estos tres requisitos¹⁸⁴.

Como hemos mencionado, la fusión es un acto jurídico que en esencia busca consolidar balances de dos o más sociedades en una. Por lo tanto, inicialmente, carece de

¹⁷⁸ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogota: Editorial Temis, 2002, p. 112.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 114.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Id.*, p. 115.

¹⁸³ Consulta a Luis Parraguez Ruiz. Martes, 13 de enero de 2015.

¹⁸⁴ *Id.*

sentido asumir que existe simulación en los casos de fusión donde su móvil único sea trasladar la pérdida, puesto que las consecuencias jurídicas de la fusión son justamente las buscadas, en este caso, consolidar balances. En segunda instancia, no se puede pensar en concierto simulatorio puesto que, como se acaba de mencionar, no puede existir contrato donde se evidencie la actuación simulada, ya que no hay otro contrato que intente ser realizado. Finalmente, la fusión no tiene como resultado un engaño a terceros, puesto que no existe un negocio jurídico aparente y otro simulado, sino únicamente un negocio jurídico único que tiene consecuencias jurídicas específicas.

Concluimos que no podría configurarse la figura de simulación en ningún caso para el traslado de pérdidas en la fusión, puesto que no se configura ninguno de los requisitos establecidos para decretarla, peor aún, la concurrencia de todos como la doctrina ha especificado que debe ocurrir.

3.1.3.2. EVASIÓN FISCAL

VILLEGAS considera que la evasión fiscal es toda eliminación o disminución de un monto tributario producido en un país por parte de quienes están jurídicamente obligados a abonarlo, el resultado normalmente es alcanzado mediante conductas *fraudulentas u omisivas* violatorias de disposiciones legales¹⁸⁵.

BLUMENSTEIN califica a la evasión como la reducción de impuesto resultante de determinada conducta del obligado; comprende tanto la sustracción simple como la sustracción calificada o defraudación, excluyendo el concepto de elusión¹⁸⁶.

Para VERGOTTINI la evasión puede ser legítima o ilegítima. Esto depende de si el contribuyente disminuye o abandona la actividad sobre la cual recae la carga impositiva; o bien evade fraudulentamente la obligación tributaria mediante las múltiples formas de evasión, esto es, la infidelidad y el fraude tributario¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. Óp. cit., p. 324.

¹⁸⁶ Fonrouge Giuliani. *Derecho Financiero*. Volumen II. 6ta ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 728.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 5.

Para OLDMAN la evasión incluye no solo los fraudes y engaños de distintos tipos sino otras faltas y acatamiento de ley¹⁸⁸. Estos se deben a la ignorancia (el contribuyente desconoce la ley), interpretación (el contribuyente conoce la ley pero calcula mal los datos), o desidia (el contribuyente no cuida sus archivos como debería)¹⁸⁹. Continúa manifestando que el abandono del país donde se constituya la sociedad podría ser un tipo importante de evasión en los países latinoamericanos por la dificultad que encontrarían la mayoría de sus nacionales en encontrar un país de bajos impuestos al cual trasplantar sus actividades económicas, y a cuya vida pudieran acostumbrarse¹⁹⁰.

En nuestra opinión, carece de sentido suponer que el abandono de un país pueda llegar a constituir evasión, puesto que nada tiene que ver el considerar operar en otras regiones con las definiciones ya expuestas de evasión, siendo esta concepción no solo extensiva y peligrosa sino también equivocada.

NAVARRINE define la evasión como acto u omisión, que es realizado con el objeto de sustraer la carga fiscal, lleva implícita la condición de ilicitud, sin considerar como evasión a otras formas de evitar el impuesto como la traslación¹⁹¹ que, en sus diversas formas, pertenece a dinámicas de los hechos económicos¹⁹².

Concluimos que no hay evasión en el caso planteado dentro de la tesina, puesto que, como dice Villegas, la evasión solo puede producirse por el incumplimiento de aquellos actos que están jurídicamente obligados a pagar el tributo al fisco¹⁹³. La fusión en ningún caso puede ser vista como una figura fraudulenta y peor aún omisiva, o como una sustracción como la define BLUMENSTEIN. Es importante también resaltar, como lo hacen algunos autores, que la evasión no debe ser confundida con la defraudación puesto que son conceptos diferentes.

¹⁸⁸ Camila Navarrine. *Derecho Tributario. Doctrinas Esenciales*. Tomo III. Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina. La Ley, 2010, p. 953. El libro cita Explicaciones del Profesor de Harvard Oliver Oldman *Como prevenir la evasión fiscal de impuesto a la renta*. Conferencia sobre la Administración de Impuestos, Buenos Aires, 1961, Documento No. 2, pp. 2-3.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ *Id.*, p. 953.

¹⁹¹ Se conoce como traslación al fenómeno mediante el cual, un sujeto incidido por un impuesto, traslada a otro la carga económica del tributo. Las características fundamentales aparecen principalmente en tres puntos: i. altera el destinatario del tributo, ii. perturba el equilibrio económico, iii. cambia la naturaleza del impuesto. Luis O. Fernández. *La traslación de los impuestos*. FCE/UBA. Web. 7 Mar. 2015, p. 1.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.*, p. 325.

3.1.3.3. DEFRAUDACIÓN FISCAL

GIULIANI menciona que existe una relación de subordinación entre la evasión y la defraudación fiscal¹⁹⁴. El autor considera que defraudación es todo acto u omisión que violando disposiciones legales, en el ámbito de un país o en la esfera internacional, produce la eliminación o la disminución de la carga fiscal¹⁹⁵.

El derecho intermedio europeo en sus inicios manifestaba que la defraudación es una forma simulación, esto implicaba una representación de fraude y por ende se la consideraba ilícita¹⁹⁶.

VILLEGAS manifiesta que la defraudación fiscal tiene la intencionalidad dirigida de dañar los derechos fiscales del Estado¹⁹⁷. Esta finalidad para el autor puede ser alcanzada ya sea mediante la impostura (maniobras o actos engañosos), la frustración maliciosa de sus señalados derechos fiscales (insolvencia fraudulenta), o la ilegal apropiación del dinero que se retuvo o percibió en su nombre (retención indebida de los agentes de retención y percepción)¹⁹⁸.

El Código Tributario integra en el concepto de defraudación a todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño, que induzca a error en la determinación de la obligación tributaria, o por lo 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 que contravienen o dificultan las labores de control, determinación y sanción que ejerce la Administración Tributaria¹⁹⁹.

En Ecuador, la defraudación fiscal es un delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal. Este determina que el contribuyente será sancionado cuando omita ingresos incluyendo costos, gastos, deducciones, exoneraciones, rebajas o retenciones falsas o

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Id.*, p. 729.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.*, p. 338.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Código Tributario. Artículo 342. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

inexistentes, o superiores a las que procedan legalmente para evitar el pago de tributos debidos²⁰⁰.

En este caso debemos aclarar que la fusión a la que nos referimos, no viola las disposiciones legales, ya que dentro de nuestros supuestos se encuentra que ha sido realizada en fiel cumplimiento de las disposiciones estipuladas en la ley. En este sentido, no se ha generado pérdida de forma artificial para ser trasladada a favor de la entidad absorbente o de la creada por constitución.

No existen maniobras engañosas ni pérdida fraudulenta, que son requisitos impuestos por la doctrina para que se configure la defraudación, simplemente, se emplea la figura como parte de la planificación tributaria en ejercicio del derecho que les corresponde a las sociedades. Hemos considerado importante tratar sobre la pérdida fraudulenta, ya que dentro de este trabajo asumimos que la pérdida generada dentro de la empresa fusionada, ha sido obtenida en el normal desarrollo del giro de la sociedad, sin que haya existido algún tipo de maniobra para que esta pérdida sea compensada por la sociedad absorbente.

La normativa ecuatoriana erróneamente incluye dentro del concepto de defraudación fiscal a los conceptos de evasión y simulación, desconociendo la naturaleza y características de cada uno. Habiendo analizado ya por separado el significado y dimensión de cada figura, concluimos que bajo la normativa ecuatoriana, en los casos de traslado de pérdidas fiscales mediante un proceso de fusión buscando exclusivamente la reducción del impuesto a la renta, no se configura el delito de defraudación, con la excepción, como ya mencionamos, de que se haya realizado pérdidas de forma fraudulenta.

3.1.3.4. ELUSIÓN TRIBUTARIA

BLUMENSTEIN define a la elusión como la utilización de formas o estructuras jurídicas autorizadas con el propósito de aliviar la carga tributaria²⁰¹.

²⁰⁰ Código Orgánico Integral Penal Artículo 298, numeral 15. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.

²⁰¹ Fonrouge Giuliani. *Derecho Financiero*. *Óp. cit.*, p. 728.

La palabra elusión es una adaptación del término *avoidance*²⁰². El autor considera que la aplicación del impuesto prescindiendo de las formas adoptadas por los contribuyentes, solo procede cuando estas formas son adoptadas con un propósito de evasión fiscal²⁰³.

No concordamos con GIORGETTI, quien entiende a la evasión como una manifestación de elusión de las obligaciones contributivas que consisten en la total o parcial evasión del impuesto, y por ello en la falta de cumplimiento de la obligación tributaria²⁰⁴. En este caso, el autor está confundiendo los conceptos.

NAVARRINE menciona que la elusión consiste en la aplicación de ardidés *legales* con el objeto de evitar o eludir la carga tributaria, sin llevar ínsito el carácter ilegal²⁰⁵. Puede resultar también de la no realización de determinados actos para no tener que soportar el impuesto, no corresponde ser considerada como evasión, si se trata de modificar la apariencia de un acto gravado, dándole forma jurídica distinta, sin que se modifique la naturaleza del mismo acto²⁰⁶.

VILLEGAS reconoce que uno de los problemas más dificultosos es la elusión por abuso de las formas jurídicas. El problema suele estar en que la distinción entre esta modalidad de evasión (elusión) y la economía de opción (que no es evasión) ofrece aspectos complejos y sutiles matices²⁰⁷. Existe dilema en considerar al hecho de que los ciudadanos recurran a estructuras jurídicas diferentes de las normalmente usadas como conductas antijurídicas²⁰⁸. No concordamos con el autor al manifestar que la elusión es una modalidad de evasión, puesto que son dos conceptos distintos.

Concluimos descartando la posibilidad de que en el caso donde se realice una fusión con la única intención de eliminar o reducir la carga fiscal exista elusión, puesto que la fusión es una figura jurídica autorizada y aceptada en los diferentes sistemas como una herramienta societaria. En este caso, la fusión se está empleando con la finalidad de reducir la carga tributaria, lo cual no es bajo ninguna consideración un ilícito. No se usa la figura

²⁰² *Id.*, p. 730.

²⁰³ *Id.*, p. 400.

²⁰⁴ Armando Giorgetti. *La evasión tributaria*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967, p. 3.

²⁰⁵ Camila Navarrine. *Derecho Tributario. Doctrinas Esenciales. Óp. cit.*, p. 954.

²⁰⁶ *Id.*, p. 955.

²⁰⁷ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario. Óp. cit.*, p. 328.

²⁰⁸ *Ibid.*

como *ardid o treta*, sino que simplemente se ejerce el derecho de las sociedades a utilizar la fusión como operación dinámica que forma parte de su planificación tributaria.

Es entendible por qué en algunos casos se la ha involucrado como elusión, pero, como se ha manifestado ya, se confunde a la elusión con economía de opción, siendo que las sociedades la consideran como una figura que colabora con la elección del camino legal menos gravoso. En este caso, queda claro que no se verifica el hecho imponible dentro de la fusión, por lo mismo, se podría pensar que existe elusión. En todo caso, dentro del sistema ecuatoriano la elusión, a diferencia de la evasión, no es una forma de defraudación al fisco.

Finalmente, entendemos que la elusión es un concepto completamente alejado de la evasión y de la defraudación, eso hace que las consecuencias jurídicas de las mismas sean diferentes. Para todos estos casos, confundir los términos, como lo han hecho ciertos autores, resulta equivocado.

3.1.3.5. ABUSO DE DERECHO

El abuso de derecho es un concepto que intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo, considerando que existe un marco en el que conviven múltiples sujetos y donde domina una concepción moral bien definida²⁰⁹. RODRÍGUEZ menciona que esta generosa intensión va acompañada de una pobre construcción dogmática. El tratadista considera que esto se evidencia en que la teoría está impregnada de conceptos extrajurídicos, llegando al extremo de transformar el abuso de derecho en un principio equiparable al de buena fe, el enriquecimiento injusto, la protección de los incapaces, entre otros²¹⁰.

ROBESPIERRE defiende el principio mencionando que el derecho de cada individuo termina donde empieza el de otro²¹¹. JOSSEAND sostiene que el absolutismo ha recibido en Francia un refuerzo poderoso gracias a la Declaración de los Derechos del Hombre;

²⁰⁹ Pablo Rodríguez. *El abuso de Derecho y el Abuso Circunstancial*. 1era ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 134.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Id.*, p. 135.

enmarcado en un exagerado individualismo, considera al hombre como un fin que se basta en sí mismo más que un elemento de la comunidad²¹².

Concordamos con RODRÍGUEZ al considerar que, afirmar que se puede abusar de derecho envuelve una contradicción, ya que el abuso, como se propone, solo puede proyectarse en una zona donde el derecho no existe²¹³. A su vez, quien ejerce un derecho para perjudicar a otro, dentro de los límites del interés tutelado por la norma, y con el objetivo de satisfacer ese interés, actúa legítimamente, porque el ejercicio del derecho subjetivo no requiere de una determinada intención, sino de la concreción objetiva del interés protegido por la norma positiva²¹⁴. Finalizando, menciona que carece de toda importancia ejercer el derecho de buena o mala fe, puesto que la legitimidad del ejercicio no depende de la intención.

En el Título Preliminar del Código Civil considera que existe abuso de derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites²¹⁵. Esto debe evidenciarse en una forma de desviación de manera deliberada y voluntaria de los fines del ordenamiento jurídico²¹⁶.

Concluimos que hablar de abuso de derecho resulta desacertado, porque, a nuestro entender, si existe el derecho, puede ejercerlo sin restricción siempre y cuando satisfaga una necesidad reconocida por la norma. En correspondencia con lo manifestado, hablar de abuso de derecho en los procesos de fusión resulta equivocado, puesto que el acto jurídico realizado satisface la necesidad de quien realiza la fusión. A diferencia de lo que algunos creen, en este caso la fusión no se ejecuta con la intención de perjudicar a la administración tributaria, sino exclusivamente para aminorar la carga impositiva.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Id.*, p. 138.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Código Civil. Artículo innumerado posterior al artículo 36. Agregado por el Art. 7 de la Ley s/n. Registro Oficial No. 797-2S de 26 de septiembre de 2012.

²¹⁶ *Ibid.*

3.1.4. ECONOMÍA DE OPCIÓN

PONT CLEMENTE asegura que fue LARRAZ quien por primera vez utilizó el término economía de opción para referirse a las conductas del contribuyente donde existe una concordancia entre lo formalizado y la realidad²¹⁷. El autor la caracteriza como una figura tributaria donde no existe simulación, no se quebranta la ley, y tiene como consecuencia un beneficio tributario²¹⁸.

Importante doctrina ha expresado que las partes no tienen obligación alguna de elegir el camino más gravoso para sus intereses. En el mismo sentido, la jurisprudencia de distintos países ha consagrado el derecho de los contribuyentes a la elección de las formas jurídicas más benéficas según su conveniencia²¹⁹.

VILLEGAS considera que la indiscutible libertad de las partes a elegir la investidura jurídica que le proporcione mayores ventajas fiscales, no debe llevar a la conclusión de que en ningún caso la adopción de formas impropias o diferentes a las razonablemente usadas puede llegar a constituir una conducta antijurídica por el hecho de no estar esas formas prohibidas por el derecho tributario²²⁰.

La Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Gregory v. Helvering*, resalta que cualquiera puede arreglar sus asuntos de tal modo que su impuesto sea lo más reducido posible; que los ciudadanos no están obligados a elegir la fórmula más productiva para la tesorería; ni aún existe el deber patriótico de incrementar sus propios impuestos, dejando muy en claro que el emplear la medida menos gravosa no constituye violación de la ley²²¹.

VILLEGAS manifiesta que en el derecho privado no está prohibido que las partes elijan, dentro de ciertos límites, a que quieren someter su obligaciones, siendo que en algunas ocasiones es lógico elegir diferentes operaciones jurídicas para alcanzar fines económicos sustancialmente idénticos²²². Al realizar un acto jurídico debe distinguirse la intención

²¹⁷ Efrén Minuche Zambrano. *El Principio de "Realidad Económica" ... Óp. cit.*, p. 367.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario. Óp. cit.*, pp. 338-329.

²²⁰ *Id.*, p. 329.

²²¹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Caso 293 U.S. 465 (1935) (Debatido: dic., 4-5, 1934; decidido: Enero, 7, 1935).

²²² Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario. Óp. cit.*, p. 164.

empírica (*intentio facti*), es decir, el resultado económico real buscado, de la intención jurídica (*intentio juris*), siendo esta el resultado que se busca alcanzar mediante un negocio jurídico para lo cual se encuadra al acto o negocio en un molde del derecho privado²²³.

Concluimos que la fusión que tiene como fin único la reducción de la carga fiscal encaja perfectamente en el concepto de economía de opción. Resulta paradójico suponer que las sociedades no deben realizar una planificación tributaria con el objetivo de ejercer su derecho de aplicar la figura o forma jurídica que les ayude reducir la carga fiscal que puede ser impuesta, sino que usarán aquellas formas que les resulten menos gravosas.

Consideramos también relevante manifestar que la economía de opción es una figura limitada, y no se puede ejercer este derecho empleando figuras simuladas con el afán de reducir la carga fiscal.

3.1.5. CONCLUSIONES DEL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO

Durante el transcurso de este capítulo hemos tratado de demostrar que carece de sustento jurídico asumir que la fusión diseñada con el objetivo exclusivo de reducir la carga tributaria carece o requiere de motivo económico válido. Además, hemos tratado de entender cada una de las figuras con las que se a tratado de catalogar a la ausencia de motivo económico válido, encontrándonos que no se encaja como simulación, evasión, defraudación, elusión ni abuso de Derecho, pero cabe perfectamente en el concepto de economía de opción.

Al estudiar el motivo económico válido resalta el hecho de que se desconoce exactamente lo que significa y cuál podría ser su alcance. Esto nos ha llevado a la conclusión que las sociedades que buscan reducir la carga fiscal en el proceso de reorganización empresarial, tienen un propósito corporativo “válido”. Esto a pesar de que, como ya hemos mencionado en más de una ocasión, entendemos que la fusión no requiere de la demostración de motivo económicamente válido para que opere el traslado de pérdidas, puesto que el sistema ecuatoriano carece de esta figura tributaria.

²²³ *Id.*, p. 166.

En la actualidad, sostener, como lo hacía ADAM SMITH, que el móvil de las decisiones debe olvidar las consecuencias fiscales, resulta iluso. La carga tributaria no solo es un elemento primordial a considerar, sino que además, puede llegar a ser fundamental en la planificación empresarial y el destino que la entidad pueda tener. A nuestro entender, como fue mencionado previamente, la neutralidad fiscal debe únicamente enfocarse en no distorsionar el sistema económico, empleando medidas que favorezcan a un grupo determinado en perjuicio de otros. Vemos que no solamente son los contribuyentes y las sociedades quienes analizan los tributos para una determinada actuación, sino que el mismo Estado los utiliza para dirigir correctamente distintas políticas públicas.

Por alguna razón todavía no entendida completamente, quienes defienden el motivo económico válido sostienen que casi cualquier argumento es legítimo para realizar la fusión a excepción de la consideración fiscal. La figura de la fusión puede ser originada por diferentes situaciones, las cuales, siempre y cuando no se doten de trasgresiones contra el sistema tributario, son legítimas, legales y “válidas”.

También ha quedado esclarecido que quienes sostienen que la búsqueda de un beneficio fiscal en la fusión constituye una simulación, evasión, defraudación o abuso de derecho, erran en su concepción, puesto que ninguna de estas figuras jurídicas se acopla perfectamente a ese escenario.

A pesar de que no compartimos esa posición, la elusión es el único concepto que podría relacionarse con la fusión motivada por el traslado de pérdidas fiscales. En el caso de que sea elusión, considerarla como tal no repercute en alguna consecuencia tributaria de importancia, ya que la elusión en el sistema ecuatoriano no se encuentra prohibida ni penada.

A modo de conclusión, completamos esta sección del capítulo asegurando que sostener que el origen de una fusión debe carecer de interés fiscal no tiene un sustento legal, y puede tranquilamente ser el aspecto tributario el móvil fundamental de la reorganización empresarial.

3.2. EL CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

3.2.1. INTRODUCCIÓN

Como ha quedado esclarecido dentro de este capítulo, en el sistema ecuatoriano no es necesario probar un motivo económico válido para poder trasladar atributos fiscales a favor de la sociedad absorbente. A pesar de lo manifestado, al carecer de sustento legal, la administración tributaria emplea el criterio de la realidad económica para llegar a la conclusión de que la fusión debería cumplir con la demostración de un motivo económico considerado válido para que sea posible el traslado de pérdidas. Dentro del estudio nos enfocaremos en determinar si la realidad económica en realidad permite realizar este tipo de interpretación que le conduce a la conclusión de la necesidad de motivo económico válido, o si este tipo de conclusiones exceden el alcance del principio. Al analizar el criterio de la realidad económica, explicaremos cual debería ser su uso dentro de la legislación ecuatoriana.

La aplicación de una norma es un ejercicio frecuente y requiere básicamente de conocimiento legal para que pueda ser ejecutado. Esto se diferencia en gran medida de la interpretación de la ley, puesto que esta exige mayor criterio jurídico, ya que, interpretar una norma puede incluso tener características creadoras²²⁴.

La interpretación es una acción mediante la cual se trata de desentrañar el sentido y alcance de algo, poniendo de relieve que es un instrumento del campo filosófico, y solo se transforma en una cuestión jurídica mientras se refiera a la interpretación de la ley²²⁵.

La actividad interpretativa puede llegar a tener carácter científico-creador. Esto demanda de un ejercicio que en algunas ocasiones requiere de alta comprensión y reconocimiento de la esencia del derecho para desentrañar el sentido real del texto legal²²⁶.

²²⁴ Oscar Dueñas. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. *Google Books*. 2nda ed. Facultad de Jurisprudencia Universidad de Rosario
<https://books.google.com.ec/books?id=vVZAE9IAqEkC&pg=PA19&dq=interpretar%2Bla%2Bley&hl=es&a=X&ei=CdadVLDsPIGJgwTqroLoBA&ved=0CBsQ6AEwAA#v=onepage&q=interpretar%20la%20ley&f=false>. 5 de Enero de 2015, p. 19.

²²⁵ Norberto Godoy. *Interpretación de las normas jurídicas tributarias*. Buenos Aires: La ley, 2002. Libro de Marcelo Lascano. *Impuestos: Doctrinas Fundamentales 1942-2002*, p. 116.

Finalmente, se reconoce que el proceso de interpretación es inevitable. En toda ocasión se debe dar un sentido o significado a la norma, de la misma forma en que se debe deducir su alcance y consecuencias.

3.2.2. INTERPRETACIÓN DE LA LEY

VODANOVICH menciona que el arte de la interpretación jurídica recibe el nombre de hermenéutica legal, y debe ser efectuada no en base al capricho del intérprete, sino obedeciendo a ciertos principios directivos²²⁷. En el presente, el uso de hermenéutica tiene cada vez más importancia en diferentes sistemas ya que el juez ha pasado de ser un aplicador, a un creador de la ley mediante la comprensión e interpretación de textos²²⁸.

En primera instancia, es esencial encontrar el verdadero sentido de la ley y delimitar su alcance, por este motivo, no solo se interpretan normas oscuras o ambiguas sino también las claras²²⁹. RUGGIERO asegura que la ley clara en su texto, puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone; y una ley que nunca dio lugar a dudas, puede tornarse dudosa con el tiempo por el surgir de nuevas relaciones que produzcan incertidumbre si son regulables por la norma hasta entonces aplicada²³⁰.

El Código Civil es el cuerpo normativo encargado de regular el proceso interpretativo de la norma en el sistema ecuatoriano, pero no es la única ley que lo regula. Dentro del Título Preliminar de este Código, en el párrafo cuarto se ha desarrollado la forma y orden de interpretación.

Inicia relatando que la falta de ley o la obscuridad de la misma, no puede ser considerado un argumento judicial justificativo para la denegación de justicia²³¹. Para SAVIGNY existen cuatro diferentes elementos de interpretación. Dentro de estos el autor

²²⁶ Marcelo Lascano. La interpretación de la ley tributaria. Tratado de derecho tributario, Dirigido por Andrea Amatucci. Tomo I Temis, p. 567.

²²⁷ Antonio Vodanovich H. *Curso de Derecho Civil*. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Parte General y las Personas. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1945, p. 192.

²²⁸ *Id.*, p. 198.

²²⁹ *Id.*, p. 191.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Código Civil. Artículo 18. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

incluye al gramatical,²³² lógico,²³³ histórico²³⁴ y sistemático²³⁵, siendo la conjugación de éstas la unificación necesaria e imprescindible para lograr una interpretación correctamente realizada²³⁶.

3.2.3. FORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

3.2.3.1. MÉTODO LITERAL

Es el método más antiguo. Consiste en deducir las palabras teniendo en cuenta el lugar en la frase, la sintaxis y la forma de puntuación; se debe agregar a este razonamiento el uso que debe tener esa palabra en sintonía con el contexto de la oración, y la conexión con el resto de palabras²³⁷. Suele ser un problema el hecho de que no siempre las palabras tengan un significado único, y por ello, el empleo del criterio implica la elección entre distintas alternativas²³⁸. La ley civil indica que en todos los casos donde existe un sentido claro de la norma no se debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, siendo entonces el método literal el primer convocado para ser utilizado en el sistema interpretativo²³⁹.

²³² Elemento gramatical: tiene por objeto la palabra, siendo ésta el elemento de comunicación entre el pensamiento del legislador y el nuestro, teniendo como reglas principales las reglas del lenguaje. Antonio Vodanovich, p. 193.

²³³ Elemento lógico: busca la intención o espíritu de la ley; debe investigar la *ratio legis*, es decir, el propósito perseguido por la ley y la razón que la justifica, y: la *occasio legis*, siendo las circunstancias particulares del contexto histórico que determinaron su dictación. Ha llegado a ser tan importante, que se dice, si cesa la razón de la ley, cesa la ley misma. *Ibid.*

²³⁴ Elemento histórico: tiene por objeto la indagación sobre la materia a la época de la construcción de la ley, y el estudio de los antecedentes tomados en cuenta por el legislador antes de dictar la ley. *Ibid.*

²³⁵ Elemento sistemático: se basa en la conexión interna que entrelaza a todas las instituciones jurídicas y normas en una gran unidad; y sólo podremos entender su pensamiento, si llegamos a ver con claridad la relación entre la ley y el sistema legal en conjunto. *Ibid.*

²³⁶ Antonio Vodanovich H. *Curso de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 193. El autor cita Sistema de derecho Romano actual. Traducido al francés por Guenoux y vertido al castellano por Mesías y Poley, 1878.

²³⁷ Elizabeth Vega. *Interpretación de las normas tributarias en el Ecuador*. Tesis de grado. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2010. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2674/1/tm4394.pdf>, p. 25.

²³⁸ Manuel Segura. *Sobre la interpretación del Derecho*. Universidad de Santiago de Compostela, 2003. <https://books.google.com.ec/books?id=yb2O9SYJSOWC&pg=PA94&dq=interpretacion+literal+de+la+norma&hl=es&sa=X&ei=gUegVNWBBoy1ggTrIDoDw&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=interpretacion%20literal%20de%20la%20norma&f=false>, p. 95.

²³⁹ Código Civil. Artículo 18. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

VODANOVICH critica el sistema tradicional puesto que olvida la permanente evolución del derecho. El autor menciona que suele ser altamente probable que las instituciones jurídicas sufran cambio conforme el paso del tiempo, y por lo mismo, no es posible referirlo todo a la voluntad del legislador, sino que debe ser entendido fuera de ella, tratando de encontrar la solución a los nuevos problemas²⁴⁰.

El numeral segundo del artículo 18 del Código Civil, muestra que las palabras de la ley se deben entender en su sentido natural y obvio y según el uso general de la palabra. VODANOVICH menciona que sentido natural y obvio es el alcance que le da a cada palabra el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²⁴¹.

3.2.3.2. MÉTODO LÓGICO E HISTÓRICO

Este método atiende a la finalidad de la norma. SALEILLES indica que se busca encontrar el fin práctico de la norma particular independientemente de la intención del legislador, siendo que el criterio para la determinación de la norma mejor adaptada al caso se deduce de las necesidades de observación de los hechos, de la ponderación concreta de las exigencias reales y de las utilidades prácticas²⁴².

En los casos donde existan artículos con expresiones ininteligibles o ambiguas, sería sacrificar el fondo por la forma si la ley no se aplicara o se aplicara mal, ya que el espíritu de la norma puede evidenciarse en el propio artículo de donde ha nacido esta dificultad, o en otro artículo de la misma ley²⁴³.

El elemento histórico puede ser fundamental para el estudio de la norma, sin embargo, existe la dificultad de que hay una variedad de formas de entender su rol en la interpretación²⁴⁴. Los autores con postura clásica incluyen dentro del argumento histórico la interpretación de los trabajos preparatorios. Estos han sido influenciados por SAVIGNY quien además expone que el elemento histórico no debe ser analizado desde el Derecho

²⁴⁰ Antonio Vodanovich H. *Curso de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 196.

²⁴¹ *Id.*, p. 201.

²⁴² *Id.*, pp. 197-198.

²⁴³ *Id.*, p. 203.

²⁴⁴ Javier Esquiaga. *La argumentación en la justicia constitucional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Universidad de Ciencias Jurídicas, 2008, p. 448.

Romano, como lo proponen otros autores, sino propiamente la voluntad del legislador al momento de dictar la norma²⁴⁵.

El numeral primero, inciso segundo, del artículo 18 del Código Civil establece que para interpretar una expresión oscura de la ley, se puede recurrir a su intención o espíritu manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento²⁴⁶.

3.2.3.3. MÉTODO SISTEMÁTICO

El método sistemático tiene como fundamento que toda ley obedece una lógica que reconoce la situación del contexto nacional en un momento dado. Toda norma se encuentra delimitada por otra de rango superior que la condiciona, plasmando la posibilidad de descubrir la ley mediante el análisis de diversas leyes, especialmente, de las que regulan esa materia²⁴⁷. Entonces, la interpretación debe previamente tener un criterio sobre el espíritu general de la legislación, el cual, únicamente puede ser conocido habiendo estudiado al menos aquellas partes del sistema normativo que tengan una relación con la materia tratada²⁴⁸.

Al ser el derecho un sistema dotado de diversos subsistemas que tienen como fundamento principios y valores propios, se debe recurrir recurrentemente a su contexto buscando la congruencia de la norma de acuerdo a los principios que resalten dentro del sistema²⁴⁹. El derecho se caracteriza por ser un sistema lógico, con cuerpos concordantes y complementarios entre sí.

En el ya citado artículo 18 del Código Civil, se señala que 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. El segundo inciso añade que los pasajes oscuros de

²⁴⁵ *Id.*, pp. 448–449.

²⁴⁶ Código Civil. Artículo 18. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁴⁷ Antonio Vodanovich H. *Curso de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 203.

²⁴⁸ *Id.*, p. 204.

²⁴⁹ Luis Prieto Sanchís. *Introducción al Derecho*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha, 1996, p. 27.

una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto²⁵⁰.

3.2.4. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA TRIBUTARIA

CASÁS manifiesta que aplicar la ley tributaria exige un doble proceso interpretativo. Inicialmente se busca precisar el alcance de la norma, y en segunda instancia identificar los hechos generadores imposables acaecidos²⁵¹. El uso de una adecuada técnica jurídica debe exigirse con más rigor cuando el ordenamiento encomienda a una institución estatal como la administración tributaria la tarea de comprobar las actuaciones de los ciudadanos²⁵².

En 1932, VANONI, en su monografía *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, resolvió algunos de los problemas de naturaleza tributaria que surgieron en el pasado, o al menos, los dejó planteados de forma tal, que ha facilitado su solución posterior²⁵³.

La relación entre el Derecho Tributario y el Derecho Civil es cercana pero limitada. El Derecho Tributario se sirve de los conceptos elaborados por el Derecho Civil de forma auxiliar, es decir, de modo que no sea decisiva la forma jurídica adoptada por este ordenamiento, y habrá que acudir al *–substratum económico–* que constituye el objeto de imposición²⁵⁴. El fundamento es la especialidad de la materia, y consagra la independencia de la interpretación de las normas tributarias.

De la misma forma en la que algunos autores de la Teoría General del Derecho elaboraron métodos interpretativos generales para la norma, la doctrina encargada de estudiar el Derecho Tributario propuso métodos particulares a esta rama jurídica²⁵⁵. Esto significa que la Teoría General del Derecho aplica en la rama tributaria de forma complementaria, pero existen métodos interpretativos propios y específicos para esta rama

²⁵⁰ Código Civil. Artículo 18 numeral cuarto. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁵¹ Efrén Minuche Zambrano. *El Principio de “Realidad Económica” ... Óp. cit.*, p. 36.

²⁵² José Juan Ferreiro *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial ... Óp. cit.*, p. 18.

²⁵³ José Luis Pérez Ayala y Eusebio Gonzales. *Curso de Derecho Tributario*. Tomo I. 4ta ed. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1986, p. 89.

²⁵⁴ *Id.*, p. 95.

²⁵⁵ Norberto Godoy. *Interpretación de las normas jurídicas tributarias. Óp. cit.*, p. 122.

del Derecho. Esto atiende a la realidad de que el Derecho Tributario cuenta con características propias que lo vuelven distinto a otras ramas.

A pesar de todo lo mencionado, el método literal, lógico y sistemático no deben ser olvidados al momento de ser aplicados. En realidad, el método literal no puede ser olvidado a pretexto de emplear una forma de interpretación propia del Derecho Tributario.

3.2.4.1. INTERPRETACIÓN IN DUBIO CONTRA FISCUM

Asentándose en el texto del jurisconsulto romano MODESTINO *-non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit-*, se asevera que el Derecho Tributario debe ser interpretado en sentido más favorable al deudor del tributo²⁵⁶. VANONI contribuye concluyendo que este aforismo nace en búsqueda de la equidad, siendo que el estilo imperialista de beneficiarse en la aplicación de la ley tributaria representa un peligro permanente contra el ciudadano²⁵⁷.

Durante el transcurso de la historia, el uso del tributo ha sido una herramienta empleada para llevar a cabo abusos políticos, rompiendo los parámetros del esquema de igualdad sobre la que el Estado moderno supuestamente se fundamenta. Es a partir de la Revolución Francesa que se considera al tributo como una institución de base contractual, teniendo como criterio la interpretación contra el fisco, aceptando que la naturaleza convencional del gravamen debía existir en favor de quien ha contraído la obligación²⁵⁸.

Para GODOY, en la actualidad el aforismo no debe ser entendido como una forma de interpretación tributaria aplicable a un sistema, puesto que las circunstancias que se vivían en el imperio romano eran completamente distintas a la de los Estados actuales.

²⁵⁶ *Ibid.* El autor cita a Modestino, Ley 10. Dig. 49, 14.

²⁵⁷ *Id.*, p. 123.

²⁵⁸ *Ibid.*

3.2.4.2. INTERPRETACIÓN IN DUBIO PRO FISCUM

Este método, cuyo origen también tiene lugar en el imperio romano, consideraba que los intereses del fisco deben ser favorecidos en relación a los del contribuyente, siendo la autoridad tributaria la encargada de imponer gravámenes²⁵⁹. MATELLINI, sostenía que interpretar la ley en favor del contribuyente, en el fondo, implicaba gravar la situación de otro contribuyente, puesto que el Estado de todas maneras debía percibir un monto indispensable para satisfacer sus necesidades²⁶⁰.

Cabe reiterar lo manifestado para la interpretación *in dubio pro fisco*, siendo que en el presente, no se entiende aceptable una interpretación en favor de la administración tributaria sin un sustento jurídico.

3.2.4.3. INTERPRETACIÓN RÍGIDA O ESTRICTA DE LA NORMA TRIBUTARIA

CALDARA, considerado el creador de esta forma de interpretación, muestra que las normas tributarias deben ser interpretadas de manera rígida o estricta, puesto que, al tener características de derecho público, se impide la extensión o restricción de su significado²⁶¹. Ilustrando el carácter estricto del concepto, DEGNI considera que por el solo hecho de que el Derecho Tributario “da la impresión de ser restrictivo”, debe ser interpretado de forma estricta²⁶².

3.2.4.4. INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DE LA NORMA TRIBUTARIA

GRIZIOTTI considera que entender de forma correcta el sentido de las normas tributarias requiere la aplicación de interpretación del método funcional, consistente en comprender

²⁵⁹ *Id.*, p. 124.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

mediante investigación, la esencia de los tributos, tratando de deducir los diferentes elementos que configuran el tributo (político, económico, jurídico y técnico)²⁶³.

El elemento político considera el fin extra fiscal del tributo, es decir, la coyuntura política que motiva su elección; la función económica analiza las consecuencias patrimoniales que un tributo puede ocasionar en el contribuyente; el elemento jurídico es el nexo entre el elemento económico y político, y; el elemento técnico establece la operación más conveniente para la percepción del tributo²⁶⁴.

El citado autor considera que es una interpretación progresista, obliga a un examen más preciso de la norma legal, entendiendo el por qué y el cómo de la ley²⁶⁵. El método propuesto recurre a la comprensión de la *ratio legis* o fin de la ley²⁶⁶.

3.2.4.5. INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

INGROSSO asevera que la analogía existe para cubrir lagunas de ley²⁶⁷. Suele tener un carácter creador, el argumento *a simili*, constituye un simple proceso interpretativo que, sirviéndose de las reglas de la lógica, extrae de la ley los principios ordenadores susceptibles de ser aplicados a un caso semejante (*eadem ratio*) no expresamente regulado²⁶⁸. Esto denota que el proceso de interpretación no puede llegar a conclusiones que no estén plasmadas en la ley. De esto se extrae que la labor analógica no constituye una labor creadora sino interpretativa.

VILLEGAS manifiesta que la analogía no es una forma de interpretar la ley sino de integrarla²⁶⁹. BERLIRI sostiene que como norma general, la interpretación analógica debe quedar excluida y solo debe admitirse cuando el legislador lo consienta expresamente en determinado impuesto²⁷⁰.

²⁶³ *Id.*, p. 125.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Id.*, p. 127.

²⁶⁸ José Luis Pérez Ayala y Eusebio Gonzales. *Óp. cit.*, p. 101.

²⁶⁹ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario. Óp. cit.*, p. 170.

²⁷⁰ *Id.*, p. 171.

GARCÍA BELSUNCE afirma que no puede admitirse analogía en el derecho tributario sustantivo ni en el derecho penal tributario pero necesariamente se la debe permitir en el derecho tributario formal²⁷¹.

El Modelo de Código Tributario para América Latina establece que la analogía es un proceso admisible para colmar los vacíos legales, pero en virtud de ella, no pueden crearse tributos o exenciones²⁷².

3.2.5. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN TRIBUTARIA SEGÚN LA REALIDAD ECONÓMICA

3.2.5.1. ORIGEN

Este concepto nace en el seno de la escuela alemana como solución a las distorsiones creadas por la divergencia entre las formas jurídicas escogidas y mostradas, y la realidad de la transacción²⁷³. Se reconoce de modo mayoritario en la doctrina que las primeras posturas sobre la realidad económica aparecen en los comentaristas de la Ordenanza Tributaria Alemana de 1919, especialmente con el autor ENNO BECKER, y más tarde con un tratamiento mejor sostenido, en la *Escuela de Pavia* con GRIZIOTTI y sus discípulos VANONI y JARACH²⁷⁴.

Fue entonces como el artículo 4 de la Ordenanza previamente mencionada, que establecía: “en la interpretación de la leyes tributarias debe tenerse en cuenta su finalidad, su significado económico y el desarrollo de las circunstancias”²⁷⁵, da vida a este método de interpretación jurídica, que integra, tanto la realidad jurídica como el hecho económico.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Efrén Minuche Zambrano. *El Principio de “Realidad Económica” ... Óp. cit.*, p. 360.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Id.*, p. 361.

3.2.5.2. MOTIVO DE SU EXISTENCIA

El criterio de la realidad económica tiene fundamento en que la administración tributaria debe gravar atendiendo a la verdadera naturaleza de la transacción. Esta prevalece sobre la forma escogida por el contribuyente, naciendo la necesidad de analizar la consecuencia de la transacción más allá del nombre escogido²⁷⁶. Aparentemente, el régimen comunitario europeo, así como la mayor parte de los sistemas en el mundo, considera que debe existir una causa que estimule la realización de las operaciones, entendiéndose que este motivo-causa no debe estar enfocada en conseguir una ventaja fiscal.

En Ecuador, como en algunas otras legislaciones tributarias, especialmente las latinoamericanas, los conceptos de realidad económica y hecho generador forman parte de la norma tributaria, dando paso a que la ley grave una determinada situación atendiendo a la calidad económica sobre la forma jurídica del negocio²⁷⁷.

3.2.5.3. INTERPRETACIÓN SEGÚN LA REALIDAD ECONÓMICA

BECKER, artífice del ordenamiento tributario del Reich, incluye dentro de este conjunto de normas, que en la interpretación de las leyes fiscales, deberá tenerse en cuenta su objeto, alcance económico, y las circunstancias del caso²⁷⁸.

El criterio de interpretación surge como la combinación de los tres factores: i. el fin u objeto de la ley; ii. la significación económica de ella, y; iii. el análisis de los hechos tal y como han sucedido realmente²⁷⁹. VILLEGAS manifiesta que solo entendiendo la realidad económica se puede tener el verdadero sentido y alcance de la ley, y puede conocer la

²⁷⁶ *Id.*, p. 365.

²⁷⁷ Efrén Minuche Zambrano. *El Principio de "Realidad Económica" ... Óp. cit.*, p. 364. El autor cita a los tratadistas Dr. Carlos María Giuliani, Dr. Rubens Gómez de Souza y Dr. Ramón Valdés Costa como comentaristas del artículo 8 del Modelo de Código Tributario para América Latina, que es el equivalente al artículo 17 del Código ecuatoriano. El Código Tributario ecuatoriano fue aprobado el 23 de diciembre de 1975 acogiendo parcialmente lo propuesto por el modelo de código tributario.

²⁷⁸ Norberto Godoy. *Interpretación de las normas jurídicas tributarias. Óp. cit.*, p. 125.

²⁷⁹ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario. Óp. cit.*, p. 164.

finalidad recurriendo a esa misma realidad económica que se quiso aprehender en el momento del tributo²⁸⁰. El autor concluye manifestando que, puede ser una herramienta utilizada por los jueces para lograr apartarse del formalismo conceptual y, prescindiendo de las apariencias jurídicas, aplicar la legislación fiscal según la realidad de los hechos económicos.

GODOY explica que el sistema de interpretación en desarrollo busca el sentido económico de la norma tributaria, amparado en la tesis donde se sostiene que el carácter que tienen los hechos imposables son económicos, haciendo referencia a la posesión o traspaso de una riqueza que muestra la capacidad contributiva del sujeto que tiene algo que forma parte de un negocio jurídico²⁸¹. Continúa mencionando que para conocer cuando se configura el hecho imponible, se debe intimar con la operación, y cuando no revele su contenido económico, característica sustancial de la operación, deberá tenerse en cuenta esta realidad económica y no la que aparenta²⁸². Concluyendo con lo mencionado, considera que la tarea de interpretación de la norma tributaria es siempre jurídica²⁸³.

Para PATIÑO, en estricto sentido, la interpretación económica no constituye un método en sí mismo, sino un instrumento jurídico que permite investigar las situaciones reales respecto a un hecho o acto gravado determinante de la imposición²⁸⁴. Continúa con su explicación manifestando que si la referencia normativa (Código Tributario) señala que ha de tener en cuenta la situación económica del tributo, no significa que en la interpretación ha de primar el punto de vista económico, sino que a través de este se determina el verdadero sentido jurídico²⁸⁵.

En el mismo sentido, JARACH considera que el criterio de la realidad económica sugiere al intérprete tener en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlos en normas materiales, siendo que la consecuencia lógica, no es otra que la de interpretar los hechos imposables según su naturaleza económica, con el objetivo de entender la realidad que el legislador ha querido adoptar, ya que el fin práctico que mueve a las partes a

²⁸⁰ *Id.*, p. 165.

²⁸¹ *Id.*, p. 125.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Rodrigo Patiño. *Sistema tributario ecuatoriano*. Tomo I. Cuenca: 2013, p. 70.

²⁸⁵ *Ibid.*

celebrar determinada operación económica es la intención empírica —*intentio facti*—, en cambio, la voluntad de someter tales actos o negocios a un régimen jurídico establecido en las normas respectivas, es la intención jurídica —*intentio juris*—²⁸⁶.

JARACH concluye que asegurar que en materia tributaria las leyes se interpretan de forma económica y no jurídica, “es un verdadero desatino”, porque las leyes tributarias, como todas las demás, siempre se interpretan jurídicamente, y solo se debe tener una consideración económica para encuadrarlas en las normas materiales²⁸⁷.

El Modelo de Código Tributario para América Latina hace notar que la interpretación solo tiene aplicación en aquellos tributos cuyo hecho imponible haya sido definido atendiendo a la realidad económica, pero no la tienen aquellos tributos cuyo hecho generador se definió atendiendo a la forma jurídica, siendo que el legislador hace expresa renuncia a atenerse al principio de la realidad económica²⁸⁸.

VILLEGAS concluye su análisis sobre la realidad económica considerando que debe realizarse en estricta justicia, es decir, debe aplicarse aunque salga perjudicado el propio fisco, y deja de ser jurídicamente aceptable si solo se usa contra el contribuyente²⁸⁹. Continúa declarando que la herramienta del criterio de la realidad económica es 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 solo entonces poder descartar la forma jurídica empleada²⁹⁰.

La realidad económica aparece plasmada en el artículo 17 del Código Tributario, donde se menciona que en los casos donde el hecho generador se delimite atendiendo a los 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 utilicen²⁹¹.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ Dino Jarach. *Finanzas Públicas y el Derecho Tributario*. 3era ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 395.

²⁸⁸ *Id.*, p. 165.

²⁸⁹ Héctor Villegas. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. *Óp. cit.*, p. 168.

²⁹⁰ *Id.*, p. 331.

²⁹¹ Código Tributario Artículo 17. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008.

3.2.6. CONCLUSIONES SOBRE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN TRIBUTARIOS Y EL CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

El derecho tributario cuenta con características propias que hacen necesaria la existencia de métodos de interpretación adecuados a la naturaleza del mismo. Dentro de los métodos analizados en este capítulo resalta que tanto el método *in dubio contra fiscum* como el método *in dubio pro fiscum* no pueden ser empleados puesto que, carece de sentido pensar todavía, que en la actualidad la interpretación debe ser realizada a favor de un grupo sin un sustento real.

La interpretación restrictiva de la norma tampoco tiene una aplicación concreta puesto que la evolución social es rápida, por lo mismo, no debemos atender a lo que el legislador propuso en un momento determinado, sino que, es necesario darle una interpretación en relación al contexto histórico, claro está, sin desatender el espíritu de la norma jurídica.

La interpretación analógica normalmente tiene un carácter creador, esto se traduce en que las conclusiones interpretativas deben responder exclusivamente a lo manifestado por la norma tributaria, sin forzar para que dos eventos aislados tengan las mismas consecuencias jurídicas. Además, como se evidenciará en el Capítulo IV, no se debe consentir el uso de herramientas que generen discrecionalidad ya que la administración tributaria suele abusar de estas. Concordamos con VILLEGAS al manifestar que este tipo de interpretación solo cabe cuando la norma jurídica expresamente lo ha dispuesto.

La interpretación funcional, a diferencia de las mencionadas, sí tiene un sentido práctico, puede servir para dotarle de mejor entendimiento a la norma tributaria. El tratar de entender la esencia del tributo mediante un estudio de elementos que incorporen un sustento económico, jurídico, técnico y político puede ser de mucha utilidad al momento de la interpretación normativa. Comprender el motivo, es decir, la finalidad de existencia de la norma, realmente puede ayudar a dilucidar en la interpretación de la norma que es lo que se buscaba cuando fue redactada.

Por otra parte, la realidad económica es un instrumento para encontrar la sustancia económica en la interpretación jurídica. Esto no la convierte en un método de interpretación propiamente, sino en una herramienta para esclarecer la sustancia económica

del acto jurídico del contribuyente. Esta integración tiene sentido para todos aquellos casos donde se esté intentado dilucidar las características fundamentales de la norma, para temas donde se ha evidenciado un intento de evadir la responsabilidad tributaria mediante simulación, o para aquellos casos donde una forma de actuación tiene esencia económica de otra, como en todos aquellos casos donde acciones análogas deben producir consecuencias jurídicas idénticas.

Esta asimilación tiene sentido únicamente en el punto donde se acepte que la norma tributaria tiene un aspecto económico a destacar, y el contribuyente, valiéndose de formas jurídicas existentes, esquivo artificialmente su responsabilidad fiscal. Esto no se traduce en la posibilidad de convertirlo en un instrumento capaz de combatir la elusión, sino propiamente la simulación. A pesar de lo manifestado, no se debe confundir y asumir que la interpretación de la norma jurídica es primordialmente económica, puesto que la norma tributaria, como cualquier otra norma del sistema, recurre inicialmente a las reglas de interpretación de la Teoría General del Derecho y a los métodos de interpretación propios del sistema jurídico tributario.

Es importante en el Derecho Tributario analizar la sustancia económica para de esta forma configurar completamente cuando se determina la existencia del hecho generador. Entonces, el análisis económico simplemente nos permite concluir cuándo se ha configurado el presupuesto de hecho necesario para el nacimiento de la obligación tributaria.

Esto nos lleva a la conclusión de que el criterio de la realidad económica es únicamente un instrumento que nos conduce en dirección a lograr darle una concepción integral a la norma jurídica tributaria, tratando de que tenga el sentido que el legislador quiso, teniendo como referencia primaria, la literalidad de la norma y el espíritu del sistema tributario.

En este sentido, concordamos completamente con JARACH quien manifiesta que la realidad económica toma importancia en los casos donde se necesite entender la intención que lleva a la persona a realizar una determinada acción. Esto conduce a que la intención del contribuyente a someter el negocio jurídico a una consecuencia jurídica determinada,

se diferencia de la realmente buscada. Lo que nos lleva a concluir que la consideración económica es fundamental al realizar un análisis respecto de la simulación.

3.3. CONCLUSIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO Y EL CRITERIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

La neutralidad fiscal tiende a no reconocer la calidad tanto jurídica como económica que caracteriza las decisiones de las sociedades. Hay un intento forzado por quienes son partícipes del concepto de convencerse a sí mismos, y a los demás, de que no deben existir motivaciones fiscales para realizar operaciones que afecten al negocio jurídico realizado. Este desatinado pensamiento desconoce que en general, el mundo corporativo está lleno de decisiones que toman en cuenta el ámbito tributario en mayor o menor grado. Además, encontramos que en Ecuador la neutralidad fiscal no existe ya que, mediante el empleo de tributos, existe un direccionamiento por parte del Estado para dirigir el consumo hacia ciertos bienes.

Como veremos en el Capítulo IV, la cláusula anti elusión que ha sido una creación del sistema europeo y reproducida al sistema latinoamericano, como ha sido planteada, presenta algunos problemas en sus consideraciones. En este sentido, el tratadista AYERES BARRETO encuentra que el problema en las formas de reestructuración está centrado en que se haya calificado al propósito de reducir o eliminar cargas tributarias como comportamiento abusivo, si nada tiene que ver el uso de una estrategia fiscal con una afectación a la buena fe²⁹². El segundo problema es que la administración tributaria concibe la estrategia corporativa como una violación a los fines económicos y sociales, aduciendo que “se aleja del principio de solidaridad social”, traduciéndose en una supremacía del interés público sobre el interés privado²⁹³.

La forma de interpretación según la realidad económica, por su mala aplicación, está exterminando el principio tributario de economía de opción, donde se ha llegado a confundir y sancionar el derecho que tiene el contribuyente a localizar una alternativa

²⁹² *Id.*, p. 29.

²⁹³ *Ibid.*

fiscal con el objetivo de reducir el costo tributario²⁹⁴. Esta confusión puede tener su origen en una equivocada comprensión del término simulación, evasión, elusión o fraude fiscal por parte de las administraciones tributarias, sin descartar que el principio ha sido acatado e impuesto para manipular el sistema y dotar de mayor poder a la administración que, como reconocen algunos expositores, ha utilizado la figura como arma para obtener una interpretación favorable²⁹⁵.

En muchas jurisdicciones, las empresas que generan pérdida no la pueden aprovechar fiscalmente por diversas razones, pero este tipo de sociedades pueden resultar atractivas al emprender un proceso de fusión, a fin de que la empresa absorbente pueda disfrutar oportunamente de esas pérdidas²⁹⁶.

Existen innumerables ejemplos del beneficio que acarrea tomar decisiones exclusivamente tributarias. Para mencionar uno, existen ocasiones donde las empresas no llegan a utilizar el total de su capacidad de endeudamiento, esta consideración las hace candidatas para una adquisición, puesto que, incrementar la deuda se traduce en ahorro de impuestos, y muchas adquisiciones deberían poder solventarse con deudas que ocasionan el pago de intereses deducibles²⁹⁷.

En lo que respecta al motivo económico válido, encontramos que a pesar de que en el sistema ecuatoriano no existe este criterio, la administración tributaria lo busca aplicar ya que, bajo su concepto, es un instrumento útil para combatir la evasión o cualquier otra forma de defraudación. El motivo económico válido nace entonces no de la ley, sino de la equivocada y parcializada aplicación del criterio de la realidad económica que se encuentra reglado en el artículo 17 del Código Tributario. La experiencia demuestra que la realidad económica es utilizada por el Servicio de Rentas Internas cada vez que asumen la existencia de un caso donde el contribuyente debe pagar impuesto pero no cuentan con una norma que respalde este pensamiento.

La realidad económica es una herramienta que puede llegar a ser fundamental para la administración en su sana intención de emprender una lucha contra la defraudación fiscal.

²⁹⁴ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos Internacionales. Óp. cit.*, p. 18.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Id.*, p. 23.

²⁹⁷ *Id.*, pp. 23–24.

No obstante, debe ser responsablemente utilizada, sin que la apertura que brinda este instrumento sirva de excusa para utilizarla injustamente, convirtiéndola en un instrumento peligroso del fisco, y no una forma útil de combatir abusos por parte de las sociedades y los contribuyentes. Es así como la idea del motivo económico válido aparece en la práctica a pesar de que nuestra legislación no la contempla, ya que, la equivocada interpretación mediante el uso de la realidad económica, lleva a encontrar la necesidad de existencia de un motivo económico válido para el traslado de pérdidas.

Para el caso que proponemos dentro de la tesina, resulta preocupante saber que se emplean estas figuras tributarias a pesar de que el Derecho Tributario ecuatoriano en ningún momento se refiera a éstas. Queda claro que, desde el punto de vista legal, la fusión no requiere de motivo económico válido para ser realizada. Como ya se ha manifestado, lo más grave del motivo económico válido es que se desconoce con exactitud que es, por lo mismo, conociendo la forma de razonar del Servicio de Rentas Internas, puede ocurrir en cualquier momento, que si una figura societaria como la fusión únicamente busca reducir la carga fiscal, o peor aun, a pesar de que no se busque exclusivamente esto, pero como resultado se reduce la carga impositiva, carecerá de motivo económico válido y sustentaran su equivocado razonamiento en la realidad económica, arguyendo que existe alguna forma de defraudación.

CAPÍTULO IV

AMORTIZACIÓN DE PÉRDIDAS CONSECUENCIA DE UNA FUSIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

4.1. ANÁLISIS GENERAL DEL TRASLADO DE PÉRDIDAS A CONSECUENCIA DE LA FUSIÓN EN EL CONTEXTO AMERICANO

Como parte de nuestro estudio, hemos decidido analizar cual ha sido el tratamiento sobre este tema dentro de algunas legislaciones, tanto en países latinoamericanos como europeos. Lo analizado dentro de los diferentes cuerpos normativos que se expondrán a continuación, no tienen ninguna influencia sobre el tratamiento ecuatoriano, sin embargo, nos permite llegar a conclusiones importantes del uso de la realidad económica y el motivo económico. Como veremos, a pesar de que la mayor parte de países latinoamericanos no ha tratado el motivo económico válido, el uso de la realidad económica les permite llegar a la necesidad de probar un motivo económico válido para que la transferencia de pérdidas sea posible, o han cercado al traslado de pérdidas para que estas en la práctica deban cumplir con tantas condiciones, que no se las pueda llevar a cabo.

4.1.1. INTRODUCCIÓN

En América Latina, el criterio de la realidad económica no ha sido desarrollado dogmáticamente por todas las legislaciones, sin embargo, este principio existe y es aplicado con diferentes matices en casi todos los países. Cabe destacar el tratamiento que ha tenido el tema dentro de la doctrina argentina, donde, bajo el trabajo de algunos autores, se han podido esclarecer ciertos parámetros que permiten, aunque con dificultad, el entendimiento del tema.

Por otro lado, el motivo económicamente válido, a pesar de que no ha sido un tema elaborado por ningún Estado a profundidad, ha sido aplicado. En Argentina no existe norma donde se especifique la necesidad de un motivo económico válido para que una

operación de restructuración empresarial se pueda dar, pero la doctrina más citada, ha mencionado que el motivo empresarial es un requisito implícito para acogerse a los beneficios fiscales empleando la realidad económica para poder determinar el mismo²⁹⁸. En el caso argentino se cree que las normas anti abuso podrían ser aplicables a operaciones que busquen exclusivamente el beneficio fiscal, pero FREYTES, expositor argentino de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, es repetitivo asegurando que al realizar un proceso de fusión con el objetivo de reducir la carga tributaria exclusivamente, en el fondo, se está ejecutando la reorganización empresarial bajo un propósito empresarial, siendo que se cumple con el único requisito exigido por la ley²⁹⁹. Su intervención demuestra que normalmente las administraciones tributarias tienden a analizar las reorganizaciones empresariales de una forma muy restrictiva, por este motivo recomienda la creación de un organismo especial de control integrado no solo por autoridades tributarias sino por funcionarios públicos responsables de otras áreas como por ejemplo la inversión y el desarrollo e integración regional, de tal forma en que no se enfoque exclusivamente en parámetros recaudatorios, sino en general se discuta sobre temas de bienestar social³⁰⁰.

En el contexto de la visión brasileña, la perspectiva de cómo afrontar el tema ha sido completamente diferente. Las nuevas interpretaciones jurisprudenciales se han caracterizado por su nivel de radicalidad al aplicar la cláusula general anti abuso, donde se ha interpretado a la fusión exclusivamente de forma económica en detrimento de interpretaciones jurídicas³⁰¹. Esto significa que se ha ido perdiendo la naturaleza jurídica de la realidad económica, creando una interpretación esencialmente económica. La Corte Administrativa prácticamente ha terminado con las operaciones de fusiones y adquisiciones que busquen algún tipo de beneficio fiscal. En el ámbito corporativo en general, existe mucha preocupación al momento de elaborar planificaciones tributarias que

²⁹⁸ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 28.

²⁹⁹ Freytes, Roberto. Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos ... Óp. cit.*, p. 16.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Id.*, epígr. III.3.5.

no puedan sobrevivir a la prueba de sustancia económica o de propósito del negocio, diezmando la proyección tributaria y el crecimiento empresarial³⁰².

En Colombia durante los últimos años ha ido modificándose la forma de entender a las reorganizaciones a consecuencia de ciertas interpretaciones³⁰³. En estos casos, la administración tributaria ha emitido una serie de conceptos de obligatorio cumplimiento al decidir emprender una fusión³⁰⁴. Dentro de este conjunto de incorporaciones, se han agregado conceptos de aplicación donde peligrosamente se confunde fraude, evasión y simulación bajo la designación común de fraude fiscal³⁰⁵. Para la Corte, sea cual fuere la consideración, la operación considerada abusiva tendrá que asumir el costo de la sanción, es decir, el 160% del impuesto omitido³⁰⁶. En algunas ocasiones, la práctica de buscar un motivo económico válido ha intentado ser elevada a categoría de ley. No obstante, en palabras de SPEYER WELLS, afortunadamente para la seguridad jurídica, no ha sido aprobado todavía³⁰⁷.

En Chile no existe acuerdo sobre la definición exacta de elusión fiscal. Tampoco se ha logrado desarrollo normativo de las cláusulas generales ni particulares anti abuso que hagan algún tipo de referencia al propósito de negocio, lo que da apertura del abuso de la categoría de motivo económico válido³⁰⁸. La legislación venezolana es la única que permite sin restricción la transmisión total de derechos y obligaciones de cualquier naturaleza en favor de la sociedad absorbente o la nueva creada³⁰⁹. En Bolivia se permite el traslado de pérdidas tanto en la fusión como en la escisión, con la única limitación de que

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Cahn-Speyer Wells, Paul. *La elusión fiscal en Colombia. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*, p. 30. Comunicación técnica de Colombia a la ponencia general “la elusión fiscal y los medios para evitarla”, presentada en las *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, isla Margarita, Venezuela, Memorias, tema I*. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008. p. 827.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Id.*, p. 828.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Id.*, p. 830.

³⁰⁸ Felipe Yañez. *La elusión fiscal y los medios para evitarla. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. p. 30. Relatoría nacional de Chile, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. p. 308.

³⁰⁹ No opera como en la mayoría de los casos, para la escisión también, puesto que esta figura de reorganización empresarial no existe en el sistema peruano.

las empresas sucesoras solo podrán compensarlas en las cuatro gestiones fiscales siguientes³¹⁰.

Sobre la posición ecuatoriana, notamos una preocupante falta de intervención en general, siendo que, dentro de las diferentes opiniones a los distintos temas tratados, la ponencia ecuatoriana en las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario brilla por su ausencia. Las consideraciones tratadas por ROMEO CARPIO RIVERA, aclaran inicialmente que lo expuesto dentro de su ponencia refleja la opinión personal del autor y no la oficial del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario (IEDT), ni la del Servicio de Rentas Internas (SRI). No obstante, consideramos que su opinión es fundamental para entender el sistema ecuatoriano por su conocimiento y cercanía con el tema. Más adelante se tratará sobre su intervención.

En el contexto latinoamericano no puede afirmarse que existan criterios uniformes para entender el tema. Contrario a lo mencionado, la mayor parte de naciones acepta con diferentes matices el traslado de la generalidad de los atributos fiscales dentro de los procesos de fusión y escisión, aunque en la práctica, incluyen tantos requisitos para que esta sea lograda que es casi imposible cumplirla³¹¹. También es mayormente aceptado por las legislaciones que el acarreo de pérdidas es un beneficio fiscal, por ende, no procede en los casos donde las administraciones tributarias consideren que la fusión ha sido realizada con este objetivo, aunque en todos los casos, desconocen el por qué. Únicamente existe uniformidad al considerar que no es admisible el traslado de atributos fiscales ni pérdidas creadas al amparo de leyes de jurisdicciones extranjeras por entes constituidos o radicados en dichas jurisdicciones³¹².

³¹⁰ Álvaro Villegas. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Relatoría Nacional de Bolivia.

³¹¹ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 69.

³¹² *Id.*, p. 73.

4.1.2. SITUACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES AMERICANOS

4.1.2.1. COLOMBIA

En Colombia no existe un régimen tributario propiamente dicho de fusiones, aunque la ley tributaria dispone que al realizar fusiones y escisiones empresariales, se entiende que no hay enajenación entre las sociedades intervinientes³¹³.

Desde la Constitución de 1991 (artículo 228), se ordena a los jueces privilegiar la sustancia sobre la forma, y la aplicación preferente de los principios constitucionales frente a la ley³¹⁴. La Corte Constitucional por su parte, ha sentenciado en dos ocasiones (C-15 de 1993 y C-540 de 1996) que los funcionarios de la administración y los jueces pueden decretar el abuso de las formas jurídicas o fraude a la ley en casos particulares, empleando los principios constitucionales de sustancia sobre la forma y el principio de equidad³¹⁵. Amparado en esta jurisprudencia, como fue mencionado en la introducción, la autoridad tributaria ha confundido los conceptos de elusión fiscal, evasión fiscal y simulación, en un solo género.

Uno de los problemas en Colombia ha sido que la doctrina especializada en derecho mercantil tampoco ha estudiado las reorganizaciones empresariales como mecanismos de reorganización o racionalización de empresas³¹⁶. Únicamente se ha tratado el tema desde un ámbito societario explicando los elementos que componen una empresa y las consecuencias comerciales de la fusión, sin incluir un análisis de las adquisiciones de control de empresas ni de los mecanismos para lograrlas³¹⁷.

Quien adquiere el fondo de comercio no obtiene los atributos fiscales del vendedor, aunque tales atributos se hayan derivado de la operación, así, el comprador del

³¹³ Mauricio Piñeros Perdomo. *Fusiones y adquisiciones. Óp. cit.*, p. 73.

³¹⁴ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 30.

³¹⁵ *Ibid.* El autor cita a Cahn – Speyer Wells, Paul. “La elusión...” cit., pp. 827-828.

³¹⁶ Mauricio Piñeros Perdomo. *Óp. cit.*, p. 138.

³¹⁷ *Ibid.*

establecimiento no se hace responsable del pago de los tributos generados, ni tiene derecho a amortizar las pérdidas fiscales sufridas como consecuencia de la actividad económica³¹⁸.

En la fusión, como en la escisión, no existe distinción alguna por modalidad en la consecuencia fiscal resultante. Para los casos de fusión únicamente los artículos 14, 147 y 148.2 del Estatuto Tributario han tratado la temática. Mencionan que las sociedades absorbentes o nacientes responden por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses de las sociedades fusionadas³¹⁹.

La fusión de sociedades no es un acto que genere valor agregado de donde sea posible establecer un impuesto sobre la renta, ya que la sociedad fusionada o absorbida no obtiene incremento en su patrimonio al no existir contraprestación por lo transferido³²⁰. Las operaciones de fusión que se realicen como canje, implicando la entrega de dinero o activos diferentes de acciones de la absorbente o fusionante, o que no cumplan alguna de las formas establecidas para la neutralidad fiscal, serán sujetas a tributación³²¹.

En el marco del Derecho Tributario el tratamiento es básicamente inexistente, mucho menos contiene una regulación de las operaciones de fusión y adquisición por sus características basados en sus móviles y propósitos, como en Europa y Estados Unidos³²². El artículo 147 del Estatuto Tributario menciona que la sociedad absorbente o resultante, puede compensar las rentas líquidas ordinarias que obtuviere, y las pérdidas fiscales producidas por las sociedades fusionadas hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante³²³. En lo referente a la deducibilidad de la pérdida, se menciona que la compensación de dicho atributo fiscal en los procesos de fusión y escisión solo será procedente si la actividad económica de las sociedades intervinientes en la reorganización continúa siendo la misma³²⁴. Esta posición resulta por demás ilógica puesto que tanto la fusión como la escisión pueden tener modalidades de integración

³¹⁸ *Id.*, p. 162.

³¹⁹ *Id.*, p. 165.

³²⁰ *Id.*, p. 166.

³²¹ *Id.*, p. 168.

³²² *Id.*, p. 138.

³²³ Estatuto Tributario. Art. 147.

³²⁴ Mauricio Piñeros Perdomo. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 154.

vertical, siendo esta integración el incentivo que permita emprender actividades que en el pasado no se realizaban, sin que por este motivo se deba retirar el beneficio de la compensación de pérdidas.

En algunas ocasiones, diferentes grupos políticos han solicitado que se acepte la inconstitucionalidad del artículo 147 del Estatuto Tributario que exige para la compensación de pérdidas fiscales que la actividad económica posterior a la fusión sea la misma. Sin embargo, la Corte Constitucional la ha negado considerando que este precepto resulta ajustado a la constitución, puesto que en otras circunstancias se alentaría al uso de figuras para evadir responsabilidades tributarias, resultando esto contrario al principio de neutralidad³²⁵.

4.1.2.2. PERÚ

En el sistema peruano la ley parecería establecer exigencias para que el traslado de beneficios fiscales se dé³²⁶. A pesar de lo dicho, la legislación peruana ha terminado siendo completamente opuesta a lo mencionado. La estructura legal peruana ha tenido una lógica contraria a la de algunos países latinoamericanos para normar el traslado de beneficios fiscales, siendo que en lugar de establecer restricciones o limitaciones generales que obstruyan la realización de estos procesos, la ley tributaria impone cláusulas generales anti elusión que combatan el abuso de derecho y el fraude de la ley, facultando a la administración a re categorizar las transacciones y determinar los tributos aplicables en todos los casos³²⁷.

Hasta 1998 la ley permitía sin ninguna limitación la transmisión de pérdidas tributarias de las sociedades transferentes. Posteriormente se condicionó la transferencia de pérdidas al cumplimiento de ciertos requisitos como la continuación de la actividad económica de la empresa transferente por un período mínimo de 2 años, la preexistencia

³²⁵ Martín Acero Salazar. *Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 462. El autor cita: Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-540 de 2005.

³²⁶ Alex Córdova Arce. *Óp. cit.*, p. 298.

³²⁷ *Id.*, p. 301.

operativa de las sociedades intervinientes durante los 24 meses anteriores a la reorganización, y la conservación de los activos fijos de las sociedades transferentes durante un plazo mínimo de doce meses posteriores a la reorganización³²⁸. Finalmente, se prohibió en su totalidad la transmisión de pérdidas a partir del año 2001³²⁹. Incluso, en el presente se limita el derecho de la sociedad adquiriente de utilizar sus propias pérdidas tributarias contra la renta que se genere con posterioridad a la reorganización a un monto equivalente al 100% del valor de su activo fijo previo a la fusión, sin tomar en cuenta la reevaluación voluntaria que pudiera haberse realizado³³⁰.

El ponente peruano es muy enfático al mencionar que las restricciones han sido impuestas por la falta de eficiencia de la administración para combatir los casos de simulación o fraude de la ley, liquidando el derecho de las sociedades de arrastrar las pérdidas tributarias, desalentando a emprender una reorganización por generar sobre costos fiscales innecesarios³³¹.

En el plano internacional, el artículo 394 de la Ley General de Sociedades regula como forma de reorganización societaria el traslado de domicilio de una sociedad extranjera hacia Perú³³². Dicha ley únicamente reconoce las fusiones que se llevan a cabo en territorio peruano, y para que sea posible realizar reorganizaciones empresariales, necesariamente deben trasladar su domicilio al país³³³. La excepción es que la fusión se dé entre sucursales no domiciliadas y esté precedida de la fusión de sus casas matrices u oficinas principales³³⁴.

4.1.2.3. MÉXICO

Dentro de la normativa tributaria mexicana la fusión es considerada una enajenación de bienes, no obstante, la legislación permite modificar el concepto y no considerarlo como

³²⁸ *Id.*, p. 304.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Id.*, 305.

³³² Ley General de Sociedades. Artículo 394.

³³³ Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. Óp. cit.*, p. 317.

³³⁴ *Ibid.*

enajenación mediante el cumplimiento de ciertos requisitos³³⁵. Inicialmente exige que se presente ante las autoridades fiscales el aviso de fusión, posteriormente se obliga a la sociedad fusionante continuar realizando las actividades que realizaba por un período mínimo de un año inmediato posterior,³³⁶ y finalmente manifiesta que es indispensable que la sociedad subsistente o la que surja, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas que, conforme las disposiciones fiscales, les correspondan a la sociedad correspondientes al ejercicio en el que terminó la fusión³³⁷.

En lo que respecta al traslado de atributos fiscales, la presentación del expositor mexicano ERRENGUERENA hace una mención a la ley de su país. La norma mexicana considera que el derecho a disminuir las pérdidas fiscales es personal del contribuyente y no podrá ser transmitido a otra persona ni a consecuencia de una fusión³³⁸. Al ser un hecho que el fusionante asume tanto los derechos como las obligaciones de la fusionada, para el exponente, este tratamiento puede considerarse como un atentado al *principio de proporcionalidad tributaria*, ya que dichas pérdidas impactarán en la capacidad contributiva de la fusionante, puesto que las pérdidas forman parte de su patrimonio³³⁹. A pesar de esto, la Corte de Justicia de la Nación ha emitido un criterio jurisprudencial sosteniendo que la prohibición disminuir las pérdidas transmitidas por fusión no viola el principio de proporcionalidad tributaria.

La Corte argumenta que “la sociedad fusionante está en posibilidad de considerar los ingresos acumulables y las deducciones autorizadas del ejercicio de que se trate, y en el caso de que resulte utilidad fiscal, podrá disminuir las pérdidas fiscales pendientes de

³³⁵ *Id.*, p. 265.

³³⁶ Este requisito no es exigible cuando:

1. Los ingresos de la actividad preponderante de la fusionada correspondiente el ejercicio inmediato anterior a la fusión, deriven del arrendamiento de bienes que se utilicen en la misma actividad que la fusionante;
2. En el ejercicio inmediato anterior a la fusión, la fusionada haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionante o esta última haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionada, no será exigible el requisito en comento, cuando la sociedad que subsista se liquide antes de un año posterior a la fecha en que surte efectos la fusión.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 70.

³³⁹ Alex Córdova Arce. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. Óp. cit.*, p. 267.

amortizar de ejercicios anteriores que hubiese sufrido a fin de obtener la tasa gravable a la cual se le aplica la tasa³⁴⁰.

La normativa no permite a la empresa fusionada transmitir su derecho a la disminución de las pérdidas fiscales, pero la empresa fusionante podrá disminuir su pérdida fiscal pendiente, con cargo a la explotación de los mismos giros³⁴¹ en los que se produjo la pérdida³⁴². Para complicar más, la ley mexicana establece que la compañía fusionante solo podrá disminuir su pérdida pendiente de compensar al momento de la fusión, con cargo a la explotación de los “mismos giros” en los que se produjo la pérdida³⁴³.

4.1.2.4. BRASIL

Fue en los años noventa cuando en Brasil se inauguraron formas societarias de reestructuración poco comunes, se las denominó operaciones de *business combination*³⁴⁴. Lo hace mediante la adaptación de conceptos primordialmente norteamericanos. La legislación brasileña ha tratado de forma autónoma el ámbito tributario sobre las formas de reorganización empresarial, dándole prevalencia al principio *-substance over form-*³⁴⁵. El artículo 7 de la Ley No. 9.532/97 establece que la deducción de efectos fiscales únicamente aplica a adquisiciones y operaciones de fusión por incorporación, y no para adquisiciones de empresas no residentes en el país en virtud de las dificultades surgidas en el pasado³⁴⁶.

MAYER concluye que la fusión por absorción es una mejor opción que la fusión por constitución porque se evita la ausencia del traslado de pérdidas³⁴⁷. Sin embargo, el

³⁴⁰ *Ibid.*, El autor cita a la Corte de Justicia de la Nación. Materia Constitucional, Administrativa. Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, agosto de 2003, tesis: P./J. 48/2003, p. 44.

³⁴¹ El autor menciona que la palabra giro debe ser la estipulada por la Real Academia de la Lengua Española siendo esta “el conjunto de operaciones o negocios de una empresa”.

³⁴² *Id.*, p. 268.

³⁴³ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Óp. cit.*, p. 71.

³⁴⁴ Heleno Taveira Torres. *Reorganização societária internacional á luz dos novos modelos de business combination e suas repercussões tributarias. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario.* Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 381.

³⁴⁵ *Ibid.* El autor cita a Ricardo Lobo Torres. Form and Substance in Tax Law. In: International Fiscal Association. Cahiers de Droit Fiscal International. Volume LXXXVIIa, The Hague: Kluwer. 2002, p. 184.

³⁴⁶ *Id.*, p. 382.

³⁴⁷ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 70.

Reglamento de Impuesto Sobre la Renta, en su artículo 514, manifiesta que la persona jurídica sucesora de una fusión no podrá compensar las pérdidas de la sucedida³⁴⁸. Por lo que la interpretación antes mencionada queda eliminada según AKIE, quien informa en su ponencia que para todos los casos de fusión, las pérdidas quedan canceladas³⁴⁹.

En Brasil, se entiende que las adquisiciones de sociedades, al igual que la fusión, se refieren a la compra del patrimonio, siendo una unidad jurídico financiera dinámica, mutable, no continua por incrementos y decrementos de los derechos y obligaciones, por lo que su tratamiento es muy similar³⁵⁰. En principio se asume que las empresas continuarán operando indefinidamente, y por lo mismo, no entrarán en proceso de liquidación ni reducirán sustancialmente sus operaciones. Esta serie de requisitos deben irse demostrando con el tiempo, en substancia económica, y no meramente en forma legal (artificialmente producida)³⁵¹. Esto determina que, a pesar de que la fusión haya sido ejecutada previamente, se irá demostrando con el tiempo que ha sido realizada con un objetivo determinado. En palabras de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “para el negocio jurídico es indispensable el análisis de la causa, volviéndose este un elemento indispensable para el procedimiento de interpretación tributaria³⁵²”.

El sistema brasileño considera que las reorganizaciones empresariales podrían servir como desincentivo a que las empresas continúen ejerciendo el rol económico y social que ejercen. La consideración aparece puesto que las operaciones tendrán el fin de minimizar costos tributarios, por lo que se ha decidido aplicar neutralidad fiscal³⁵³. El sentido de neutralidad fiscal, al igual que lo ha establecido la doctrina, es ejercer operaciones de irrelevancia tributaria de tal forma que no se la tome en cuenta en la generación de renta a costo de la administración tributaria.

La norma permite la recalificación de hechos por parte de autoridades administrativas con todos aquellos negocios que *aparentemente* no sean lo que muestran, con fundamento

³⁴⁸ Heleno Taveira Torres. *Reorganização societária internacional á luz ... Óp. cit.*, p. 383. El autor cita el Decreto ley 2.341/87 y reglamento de impuesto sobre la renta artículo 514.

³⁴⁹ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 70.

³⁵⁰ Heleno Taveira Torres. *Reorganização societária internacional á luz ... Óp. cit.*, p. 387.

³⁵¹ *Id.*, p. 393.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Id.*, p. 426.

tanto en el principio de capacidad contributiva como en el principio de responsabilidad social. La recalificación puede ser ejecutada cuando exista comprobada ocurrencia de dolo, simulación, disimulación³⁵⁴ o fraude³⁵⁵. Para los casos de simulación y disimulación, le corresponde a la administración tributaria probar la ocurrencia de un hecho jurídico que alega ser ocultado (simulación), y por el contrario, le compete al contribuyente demostrar que nada ha sido disimulado³⁵⁶.

4.1.2.5. ARGENTINA

En el 48 Congreso de la IFA celebrado en Toronto en 1994 se destacó en forma general por los Estados la necesidad de un propósito comercial o empresarial para el proceso de reorganización, aclarando que estos criterios se relacionan con aumento de la productividad, eficacia y el beneficio de las empresas, que se evidenciará en el aumento de ventas o reducción de costos³⁵⁷. La Ley 18.527 de 1969 constituye el régimen fiscal sobre reorganizaciones, siendo el objetivo fundamental que las empresas logren una dimensión apropiada de la producción en escala o que se aprovechen las ventajas de la especialización³⁵⁸. A pesar de esto, el sistema argentino le da a la fusión el carácter de operación gravada, mostrando que solamente se puede configurar neutralidad fiscal para los casos donde se evidencie mejora en la productividad inmediata o futura³⁵⁹. Este requisito carece de sentido puesto que el éxito empresarial posterior a la fusión de ninguna forma delimita si la operación debe acogerse al traslado de atributos fiscales o no, y en estricto sentido, lo que ocurra después a la fusión para nada determina la intención con la que se haya realizado la misma.

³⁵⁴ La diferencia en el sistema brasileño entre simulación y disimulación viene dado en que el primer término se da un negocio jurídico diverso al que en realidad están buscando las partes y en el segundo se dan dos negocios jurídicos, uno que es buscado por las partes y otro que no. Paulo Ayres Barreto. *Fusões, aquisições e o planejamento tributário. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 443.

³⁵⁵ *Id.*, p. 438.

³⁵⁶ *Id.*, p. 443.

³⁵⁷ Roberto Oscar Freytes. *Fusiones y adquisiciones. Óp. cit.*, p. 113.

³⁵⁸ *Id.*, p. 115.

³⁵⁹ *Id.*, p. 116.

Como condición adicional para la configuración de neutralidad impositiva se impone la continuación de las operaciones por al menos dos años desde la fecha de la reorganización³⁶⁰.

La doctrina es casi unánime al mencionar que además de los requisitos previamente mencionados, existe la obligación de que alguna de las actividades realizadas por las empresas fusionadas se continúe ejecutando. Aclarando el tema, la doctrina mayoritaria agrega que es únicamente necesario que se efectúe una de las actividades y no todas las que cumplían las empresas por separado.

Además, las empresas deben haber ejecutado actividades iguales o vinculadas por al menos doce meses anteriores a la fusión, entendiéndose por actividad vinculada la que coadyuve o complementa el proceso industrial efectuado³⁶¹.

El punto más criticado por los relatores argentinos dentro de las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario fue el imponer la obligación de mantener actividades relacionadas a las que se venían ejerciendo, siendo que se obstaculiza que entidades que no realizan la misma actividad se funcionen.

En el sistema argentino ocurre algo extraño. La fusión por absorción es la única modalidad que puede beneficiarse del traslado de pérdidas, siendo la compañía absorbente la que tiene el beneficio fiscal. Lo que ocurre es que el traslado de pérdidas solo ocurre a favor de la sociedad absorbente. A manera de ejemplo, si A absorbe a B, A se beneficia de la pérdida si esta misma tenía pérdida, pero si B hubiese fusionado a A, y B no tenía pérdida, no existiría beneficio fiscal trasladable³⁶². La doctrina ha criticado ampliamente lo mencionado ya que la regulación carece de sentido. En estos casos, la sociedad que acarree pérdidas deberá absorber a la otra para cumplir con la norma, por lo que el exponente argentino argumenta que es necesario modificar la ley para no resolver cuestiones erróneas y forzadas interpretaciones³⁶³. De todas formas, en la práctica, se ha permitido el traslado de pérdidas.

³⁶⁰ *Id.*, p. 117. Se cita a la Ley de Impuesto a las Ganancias (Argentina). Artículo 77. 29/12/1973.

³⁶¹ *Ibid.* Se cita el Reglamento a la Ley de Impuesto sobre las Ganancias. Artículo 105 apartado II.

³⁶² *Id.*, p. 122. Se cita el Dictamen 14/2001 de la Dirección de Asuntos Técnicos.

³⁶³ *Id.*, p. 124.

Vale la pena agregar que la legislación argentina no denota diferencia alguna entre reorganizaciones en el territorio argentino y las realizadas en el plano internacional³⁶⁴. Para que la reorganización sea genuina, la normativa argentina ha adicionado algunos requisitos como obligar al titular de la empresa antecesora a mantener un valor de participación en el capital de la continuadora no menor al que poseía a la fecha de la reorganización por al menos dos años. Además, la reorganización debe ser comunicada a la autoridad tributaria. Finalmente, para la transferencia de pérdidas debe cumplirse con un requisito adicional específico, siendo este que los titulares de las empresas antecesoras acrediten haber mantenido durante un lapso no inferior a los dos años anteriores a la fecha de la reorganización por lo menos el 80% de su participación en el capital de esas empresas, excepto cuando se coticen acciones en el mercado bursátil³⁶⁵.

4.1.2.6. ECUADOR

La ponencia ecuatoriana revela que el Código Tributario no menciona nada sobre lo que entiende como fusión, pero define el responsable la obligación tributaria a i. los adquirentes de negocios o empresas por todos los tributos que deba el tradente, y ii. las sociedades que sustituyan a otras, haciéndose cargo del activo y pasivo en todo o en parte³⁶⁶.

La Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y su Reglamento, de manera específica aclaran que son deducibles los gastos de fusión aunque no estén directamente relacionados con la generación del ingreso³⁶⁷. Además, se menciona que el traspaso de activos y pasivos que vayan a ser realizados en el proceso de fusión no estarán sujetos de impuesto a la renta, y no será gravable ni deducible el mayor o menor valor que se genere en el valor de las acciones o participaciones³⁶⁸.

³⁶⁴ *Id.*, p. 125.

³⁶⁵ *Id.*, p. 127. Ley de Impuesto a las Ganancias (Argentina). Artículo 78, incisos 1-5. 29/12/1973.

³⁶⁶ Romeo Carpio Rivera. *Fusiones y adquisiciones aspectos internacionales*. *Óp. cit.*, p. 204.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Id.*, p. 209.

Las consecuencias jurídicas de la fusión aparecen únicamente cuando ésta haya sido registrada en el Registro Mercantil, y hasta que esto ocurra, cada una debe continuar registrando independientemente sus operaciones³⁶⁹. Al darse el registro, la nueva sociedad es responsable a título universal de las obligaciones tributarias de ambas³⁷⁰.

Sobre el traslado de pérdidas, CARPIO considera que cuando dos o más compañías forman una nueva, se debe realizar su cancelación en el Registro Mercantil, y el saldo por amortizar, deben utilizarlo de manera completa en su última declaración de impuesto a la renta, y de no hacerlo, dicho valor no puede ser trasladado a la nueva sociedad³⁷¹. El autor completa su idea mencionado que en la fusión por absorción, sucede lo mismo con las compañías que deben ser disueltas. Sobre el crédito tributario de impuesto a la renta, este puede ser trasladado a las nuevas compañías como parte del activo³⁷².

El autor concluye manifestando que no existe un ordenamiento claro sobre las normas tributarias que afectan a los procesos de fusión, no se entiende si existe una intención de beneficiar estos procesos o desincentivarlos, y a su vez, se desconoce cuál podría ser la actuación de la administración tributaria dentro de su facultad determinadora³⁷³. Además, considera necesario incluir un capítulo donde se regule el sistema, y se excluya la posibilidad de traslado en los casos donde solo se busque reducir la carga impositiva³⁷⁴.

4.2. ANÁLISIS GENERAL DEL TRASLADO DE PÉRDIDAS A CONSECUENCIA DE LA FUSIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

4.2.1. INTRODUCCIÓN

Sobre la directiva 90/434, la sentencia de 17/7/1997 del caso *Leur-Bloem* pone de relieve la necesidad de existencia de un motivo económico válido distinto al puramente

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Id.*, p. 210.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Id.*, p. 211.

³⁷⁴ *Ibid.*

fiscal para la aplicación del régimen especial contemplado³⁷⁵. En el mismo sentido, la sentencia del caso *Kofed* de 5/7/2007 establece que el beneficio de la Directiva 90/434 consistente en el traslado de atributos fiscales, no debe ser aplicado únicamente cuando el motivo de la operación sea exclusivamente perseguir una ventaja fiscal³⁷⁶. Los casos *Halifax*, *Bupa Hospitals* y *University of Huddersfield*, exponen que la directiva no debe aplicarse en casos de prácticas abusivas, comprobándose éstas con la obtención de una ventaja fiscal al realizar la operación de reorganización que no ha demostrado ningún beneficio empresarial o económico para las sociedades³⁷⁷.

Pueden ser decenas los casos citados que argumentan la importancia de la neutralidad fiscal en las operaciones empresariales. Sin embargo, como veremos posteriormente, existe un desarrollo jurisprudencial europeo que poco a poco ha ido alejándose del concepto. A pesar de lo mencionado, las legislaciones no han seguido la evolución jurisprudencial.

En lo que respecta a reorganizaciones empresariales, la neutralidad fiscal y el criterio de la realidad económica son unificadas en la Directiva 434 de 23/7/1990 emitida por el Consejo de Comunidades Europeas³⁷⁸. La Directiva unifica en un régimen tributario los procesos de fusión, escisión, aportaciones de activos e intercambio de acciones bajo los siguientes principios fundamentales:

- i. Las reorganizaciones empresariales no deben obstaculizarse por restricciones o distorsiones derivadas de las disposiciones fiscales de Estados miembros, estableciendo normas fiscales de carácter neutro; los considerandos mencionan la necesidad de eliminar la penalización de las operaciones de reestructuración empresarial;
- ii. Existe un régimen tributario especial pero no se aplica a las fusiones cuando la operación tenga como objetivo el fraude o la evasión fiscal, y si la operación no se fundamenta en un motivo económicamente válido (artículo 11), constituye presunción de que la operación tiene como objetivo el fraude o la evasión fiscal³⁷⁹.

³⁷⁵ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales*. Óp. cit., p. 27. Se cita al caso C-28/95. 17/7/1997.

³⁷⁶ *Id.*, p. 26. Se cita al caso (C-321/05), de 5 de julio de 2007.

³⁷⁷ *Id.*, p. 27. Se cita a los casos (C-225/02); (C-419/02); (C-233/03).

³⁷⁸ Martín Acero Salazar. *Los nuevos elementos introducidos a las ...* Óp. cit., p. 459.

³⁷⁹ *Ibid.*

Ha sido el artículo 11 de la Directiva 2005/19/CE, el encargado de agregar que debe ser la jurisdicción interna de cada Estado la que debe determinar si existe fraude o evasión dependiendo del caso, y lo debe hacer en relación con las formas procedimentales de cada Estado, dejando además como labor de cada nación establecer cláusulas anti abuso³⁸⁰.

4.2.2. SITUACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES EUROPEOS

4.2.2.1. ESPAÑA

La normativa tributaria española vigente se basa principalmente en dos principios básicos, la neutralidad fiscal y la ausencia de intervención administrativa y formalidades especiales³⁸¹. Aunque al tenor de la ley parecería que se configura la existencia de un motivo económico válido como requisito para la aplicación del régimen especial, se trata más bien de una responsabilidad a cargo de la administración tributaria para rechazar la aplicación del régimen cuando considera que el motivo económico válido no ha quedado demostrado³⁸². En este caso, la importancia de lo mencionado está en que la carga de la prueba recae sobre la administración, debiendo probar que no ha existido motivo económico válido.

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia consideran que si la única finalidad de la operación es aprovechar las bases de pérdidas acumuladas de la sociedad absorbida, no existe motivo económico válido para la aplicación del régimen especial³⁸³. El informe de la Comisión *Company Taxation in the Internal Market* de octubre de 2001, ha señalado la necesidad de eliminar las barreras fiscales dentro de las operaciones económicas transfronterizas que se lleven a cabo en la Unión Europea³⁸⁴. La legislación muestra que dentro de los posibles motivos económicos válidos debe existir algún tipo de

³⁸⁰Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 32. Se cita al Artículo 11, Directiva 2005/19/CE.

³⁸¹Carmen Botella García-Lastra. *Fusiones y Adquisiciones. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 214.

³⁸²*Id.*, p. 220.

³⁸³*Id.*, p. 224.

³⁸⁴*Id.*, p. 227.

reestructuración o racionalización de actividades, decretando para las operaciones que no cumplan con este requisito el fraude o la evasión fiscal³⁸⁵.

Dentro del ordenamiento jurídico español, la causa es una exigencia³⁸⁶. A su vez, la ley determina que el consentimiento se presenta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa, que han de constituir en el contrato³⁸⁷. Sobre esto, el Tribunal Supremo ha manifestado que la causa confiere un significado al negocio, señalando que la finalidad perseguida comprueba la validez, o cuando menos, la ventaja patrimonial concebida³⁸⁸. A pesar de lo mencionado, el Tribunal Supremo ha sido enfático al mencionar que la causa es válida siempre y cuando se encuentre enmarcada en los parámetros de buena fe, independientemente de los motivos internos que han llevado a realizar el negocio³⁸⁹.

La ley establece que es negocio abusivo si de su utilización no resultare efecto económico-jurídico relevante distinto del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieren obtenido con los actos o negocios usuales o propios³⁹⁰. El motivo económico relevante ha dado mucho debate dentro de la doctrina española puesto que se lo considera un concepto jurídico indeterminado. Ha sido la Dirección General de Tributos la que en diferentes ocasiones ha aclarado que si la reorganización se encuentra al margen de un motivo económico diferente al del puramente fiscal, se aplicará el régimen especial, de lo contrario, no procederá³⁹¹.

La administración tributaria reiteradas veces ha mencionado que buscar la eficiencia fiscal para la compañías no es un argumento para dejar de aplicar un régimen especial. Incluso argumenta que si la operación de reestructuración empresarial únicamente logró ventajas fiscales, puede existir un régimen especial siempre y cuando junto a ese motivo exista evidencia de mejoras económicas y estructurales que muestren mayor eficiencia en

³⁸⁵ *Id.*, p. 218. Se cita a la Directiva 2005/19/CEE.

³⁸⁶ Soraya Rodríguez Losada. *La doctrina sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 556. Se cita al Código Civil (España). Artículo 1275.

³⁸⁷ *Ibid.* Se cita al Código Civil (España). Artículos 1275 y 1262.

³⁸⁸ *Ibid.* Se cita la sentencia del Tribunal Supremo STS. Del 25/5/1944.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Id.*, p. 574. Se cita a la Ley General Tributaria (España). Artículo 15.1.

³⁹¹ *Id.*, p. 576. Se cita a las Resoluciones de la DGT 1978/2006 de 6 de octubre, y 879/2007 de 26 de abril.

las operaciones y actividades³⁹². Se han otorgado una serie patrones que ejemplifican el motivo económico válido³⁹³. Dentro de estos destacan el alcanzar mayor solvencia frente a terceros a efectos de la concesión de préstamos; líneas de crédito y avales; aprovechar economías de escala; centralizar la planificación y toma de decisiones; reducir los costos administrativos, etc.³⁹⁴.

El artículo 15 de la Ley General Tributaria manifiesta que existe conflicto en la realización de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se aminore la base tributaria mediante actos, que individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos para la consecución del resultado obtenido; y que de su utilización no resulten efectos que se hubieran obtenido con los actos usuales o propios³⁹⁵. De este modo, se está tratando de emplear la cláusula anti abuso para abandonar el fraude de la ley y acoger una figura más amplia, el abuso, con el objetivo de obtener el fin económico perseguido³⁹⁶.

Para todo este grupo de leyes, contradictorias algunas con otras, se debe aclarar que la doctrina se ha pronunciado en contra de la normativa española. La mayor parte de la doctrina asegura que la concurrencia de un motivo económico de naturaleza fiscal no da lugar a la inaplicación del régimen fiscal de forma automática, ya que al concurrir motivos de planificación fiscal lícita junto con otros motivos de índole económica, la aplicación del régimen se encuentra justificada³⁹⁷.

4.2.2.2. ITALIA

Dentro de la legislación italiana no se menciona la existencia de una cláusula general anti fraude. A pesar de lo mencionado, el artículo 37 del Decreto 600/1973 del Presidente de la República permite a la administración tributaria dejar sin efecto actos independientes

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Id.*, p. 577.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Id.*, p. 578. Se cita a la Ley General Tributaria (España). Artículo 15.1.

³⁹⁶ Ana María Pita Grandal y Jaime Aneiros Pereira. *La cláusula anti abuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 592.

³⁹⁷ *Id.*, pp. 605-606.

y conectados y transacciones que busquen obtener un ahorro fiscal o una devolución indebida³⁹⁸.

El artículo 172 pone de manifiesto que es indispensable que la operación se encuentre encaminada a evitar obligaciones o deberes previstos en el ordenamiento, y que carezca de un motivo económico válido –*valide ragioni economiche*–³⁹⁹. Para fines de impuesto sobre la renta –*imposte sul reddito*– configura a las operaciones de restructuración empresarial como ejercicios que no generan componentes positivos o negativos de rédito, entendiéndola como una operación neutral⁴⁰⁰. La neutralidad fiscal existe siempre y cuando se configuren operaciones que demuestren, por un lado irrelevancia fiscal absoluta de la fusión, que buscará mediante la operación fines económicos distintos encaminados a un mejoramiento en los procesos de la entidad; y por otro, la completa continuidad del valor fiscal en el traspaso de los elementos patrimoniales de las sociedades objeto de la operación⁴⁰¹.

Dentro del tratamiento que se les da a las operaciones de reorganización empresarial en general, se ve que existe un criterio donde las operaciones no son por su naturaleza elusivas como las tratan otros sistemas tributarios. Sin embargo, se ve la necesidad de regular estas actividades, puesto que de forma singular o conjunta con otras operaciones, pueden constituir elusiones fiscales. Para lograr adentrarse en el ámbito aplicativo de la negación de los beneficios fiscales, debe existir un claro tratamiento elusivo, siendo estos una multiplicidad de actos encaminado a producir un resultado de elusión fiscal⁴⁰².

³⁹⁸ Giuseppe Corasaniti. *Aspetti Tributari dei Conferimenti in Societa. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 239. Se cita a Pasquale Pistone. El abuso de los convenios internacionales en material fiscal. Abuso del diritto ed elusione fiscal. Cedam. Padova, 1995. p. 66.

³⁹⁹ Ana María Pita Grandal y Jaime Aneiros Pereira. *La cláusula anti abuso ... Óp. cit.*, p. 595.

⁴⁰⁰ Filippo Alessandro Cimino. Profili elusive della scissione non proporzionale. *XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 620.

⁴⁰¹ *Id.*, p. 621.

⁴⁰² *Id.*, p. 622.

4.2.2.3. PORTUGAL

En el artículo 67 del *Código de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas* determina que no se aplica el beneficio de traslado de atributos fiscales entre sociedades en el régimen de fusiones, cuando las operaciones tengan como principal objetivo o como uno de sus principales objetivos la evasión fiscal – *evasão fiscal*⁴⁰³.

En este sistema se debe lograr una autorización previa para emprender el proceso de fusión. Este permiso se halla subordinado a la demostración de que la operación se ha realizado por razones económicas válidas, para determinar si la restructuración de las sociedades se ha realizado solo para beneficiarse del incentivo tributario sin perseguir una lógica mercantil o empresarial⁴⁰⁴.

En el caso de que se otorgue la aceptación, el beneficio tributario por haber demostrado el motivo económicamente válido requiere de la continuidad del ejercicio de la actividad económica que se desempeñaba, siendo que la actividad de donde fue obtenido el perjuicio, debe ser idéntica (de forma substancial) a la actividad a que respecta el daño a aquel que va a ser deducido⁴⁰⁵.

4.3. EL PROGRESO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL MOTIVO ECONÓMICO VÁLIDO

A pesar de que en la actualidad todavía no existe una aceptación completa por parte de los diferentes Estados sobre la ausencia de necesidad de motivo económico válido para lograr el traslado de pérdidas en los procesos de fusión, se ha emprendido un camino, especialmente jurisprudencial, donde el concepto ha ido perdiendo la fuerza inicial. El desarrollo jurisprudencial muestra la tendencia de los sistemas hacia eliminar este concepto, o al menos, a que sea desarrollado por cada legislación para que sea entendido y

⁴⁰³ Rui Sampaio. Contribuciones par el estudio de la estrategia y del régimen ... *Óp. cit.*, p. 335. Se cita el *Código de imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*. Artículo 67.

⁴⁰⁴ *Id.*, p. 636.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

pierda la discrecionalidad que ha hecho que en algunos contextos llegue a ser abusivo. A continuación expondremos algunos de los procesos fundamentales sobre el motivo económico válido para observar el desarrollo que ha tenido el concepto a lo largo del tiempo.

El caso *Helvering v. Gregory* hace nacer a la vida jurídica el concepto de motivo económico válido como requisito fundamental para el empleo de ciertas figuras societarias. Este proceso fue resuelto en la Corte Suprema de los Estados Unidos, a pesar de que el origen del motivo económico válido es netamente europeo. A partir del caso *Leur-Bloem* en adelante, observaremos que el desarrollo jurisprudencial se da principalmente en el contexto de la Unión Europea, donde, como se podrá evidenciar, se ha modificado sustancialmente la idea inicial, logrando que la Corte Europea se encuentre a unos pocos pasos de aceptar que el motivo económico válido no es un requisito indispensable para la fusión. También se evidenciará que la fusión no debe ser entendida como una figura abusiva en su naturaleza como equivocadamente la entienden algunos sistemas. Lo que si ha quedado aclarado en la actualidad, es que debe existir algún tipo de tratamiento en la legislación nacional sobre el motivo económico válido, para que este pueda ser utilizado como argumento de la administración tributaria en la búsqueda de negar el traslado de pérdidas para ser reducidas del impuesto sobre la renta.

4.3.1. CASO “HELVERING V. GREGORY”

Este caso fue resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Trata sobre la Sra. Gregory, dueña de una sociedad unipersonal (A). Dentro de los activos de la sociedad unipersonal de la Sra. Gregory se encontraban acciones de otra sociedad (a la que llamaremos B). La Sra. Gregory tuvo entonces la intención de adquirir acciones de la sociedad B, donde mantenía previamente acciones, para una vez ejecutada la compraventa, proceder a venderlas. A pesar de que lo explicado era la intención de fondo, conocía que le generaría una renta gravable a título personal. Para evitar el pago de impuesto sobre la renta, decide crear una nueva entidad (C) que nace a raíz de una escisión, y consumó a esta última las acciones de la sociedad. Continuamente se opera la disolución de la entidad

escindida (C), lo que conlleva a la Sra. Gregory a recibir las acciones por parte de dicha sociedad⁴⁰⁶.

Toda la planificación en resumidas cuentas buscaba evitar el pago de un gravamen por concepto de dividendos, e intenta esquivar esta obligación mediante una reorganización empresarial.

El concepto *valid economic reason* tiene como antecedente el principio *business purpose* de la doctrina anglosajona en 1934⁴⁰⁷. Bajo estos conceptos, se debe utilizar el *business purpose test* para comprender si la operación ha sido realizada con miras a una actuación elusiva⁴⁰⁸. El *Business Purpose Test* tiene su origen en este caso⁴⁰⁹. En ese proceso, el Tribunal optó por tratar de indagar un *motivo* (hecho que hasta ese momento había sido muy usado de eludir impuestos) determinando que las acciones humanas que contengan planificación tributaria deben necesariamente tener un origen legítimo⁴¹⁰. El fundamento puede ser entendido poniendo de relieve la idea principal de la Corte que destaca que la operación en el fondo no existía, entonces, en ningún momento existió una finalidad de negocios societaria real⁴¹¹.

4.3.2. CASO “LEUR-BLOEM”

Este proceso es resuelto por el Tribunal de Luxemburgo. Trata sobre los hechos llevados a cabo por la Sra. Leur-Bloem, única socia y administradora de las compañía (A) y (B). La actora pretendía adquirir participaciones representativas del capital de (C), una sociedad de responsabilidad limitada sin actividad. Inicialmente la adquisición iba a ser realizada mediante canje de acciones. Dentro de esta operación, (C) sería intermediario

⁴⁰⁶ Corte Suprema de Estados Unidos. "Gregory v. Helvering 293 U.S. 465 (1935)." *Justia Law*. N.p., n.d. Web. 03 de marzo de 2015. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/case.html>.

⁴⁰⁷ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. Óp. cit.*, p. 54. Se cita a Taboada, Palao. “Los motivos Económicos Válidos en el Régimen Fiscal de las Reorganizaciones Empresariales”. *Revista de Contabilidad y Tributación No. 235*. Octubre de 2002. p. 64.

⁴⁰⁸ *Id.*, p. 57.

⁴⁰⁹ Corte Suprema de Estados Unidos. Caso 293 U.S. 465 (1935). Discutido: diciembre 4-5, 1934; Decidido: enero, 7, 1935.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid.*

entre la Sra. Leur-Bloem y las demás entidades, de tal forma en que constaría como la única titular de las participaciones en la compañía (C), mientras que esta entidad sería la única dueña de las participaciones en la compañía (A) y (B)⁴¹².

En este proceso resalta que la finalidad de la restructuración es crear un ambiente para que las sociedades pudiesen compensar las pérdidas obtenidas. Este caso abre las puertas a que los Estados puedan impedir operaciones que tengan como finalidad única el interés fiscal. El Tribunal de Luxemburgo pone de manifiesto dentro de esta sentencia que todos se pueden acoger al régimen especial, incluso cuando el motivo haya sido puramente fiscal, pero los Estados pueden denegar la aplicación de la directiva 90/434/CEE, cuando la operación haya demostrado el fraude o la evasión fiscal⁴¹³.

El caso mencionado nos demuestra un avance en el concepto desde el punto de vista donde se acepta que existan finalidades fiscales no fraudulentas y que los particulares puedan acreditar sus pérdidas al emprender un proceso de reorganización empresarial a pesar de la “debilidad” de los fines industriales. Además, el entendimiento de la Corte logra concebir que el hecho de estar imposibilitado de establecer un fin diferente al puramente fiscal, no significa necesariamente que se esté encubriendo una finalidad económica identificada como fraude o evasión fiscal⁴¹⁴.

4.3.3. CASO “CADBURY SCHWEPPEES Y CADBURY SCHWEPPEES OVERSEAS”

La sociedad Cadbury Shweppes (CS), es la matriz del grupo CS, establecida en Reino Unido y en países terceros. Esta sociedad decide constituir una filial, Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTI), ubicada en Irlanda para solventar dificultades fiscales de los contribuyentes canadienses poseedores de acciones preferentes de CS; evitar la autorización de autoridades del Reino Unido para efectuar operaciones de préstamos en el

⁴¹² STJCE. C-28/95. de 17/7/199.,

⁴¹³ Soraya Rodríguez Lozada. *La doctrina sobre el motivo económico válido ... Óp. cit.*, p. 579.

⁴¹⁴ *Id.*, p. 580.

extranjero, y; reducir las retenciones fiscales sobre los dividendos pagados en el marco de la estructura de la directiva 90/435/CCE⁴¹⁵.

La constitución de la filial fue en Irlanda con el objetivo de acogerse a beneficios fiscales de financiación interna, pero los beneficios de estas filiales estaban sujetos a un nivel de tributación inferior. Los *Commissioners of Inland Revenue* piden a CS el pago del impuesto sobre sociedades obtenido por CSTI, por lo que CS impone un recurso contra dicha liquidación ante los *Special Commissioners of Income Tax, London*⁴¹⁶.

Con arreglo a la legislación fiscal del Reino Unido, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, toda sociedad residente en dicho Estado está sujeta al impuesto sobre sociedades en relación a los beneficios obtenidos en todo el mundo, incluso los logrados por sucursales o agencias⁴¹⁷. La sociedad residente no tributa en principio por los beneficios de sus filiales, sino por los dividendos distribuidos a una sociedad residente o una filial establecida en el extranjero. Para evitar la doble imposición, Reino Unido prevé la concesión a la sociedad residente de un crédito fiscal por el importe del impuesto que haya pagado la filial extranjera. La legislación de Reino Unido sobre las Sociedades Extranjeras Controladas aclara excepciones a la regla general. Declara que las sociedades residentes no tributan por los beneficios de una filial, no obstante, este criterio queda excluido cuando se cumpla el *criterio de los motivos*⁴¹⁸. Este criterio implica principalmente dos cosas:

1. Si las operaciones de las Sociedades Extranjeras Controladas conducen a reducciones del impuesto en Reino Unido que sobrepasen un monto, la sociedad residente debe mostrar que el objetivo principal de las operaciones no era la reducción en el impuesto, y;

2. La sociedad residente debe demostrar que uno de los motivos principales de creación de la Sociedad Extranjera Controlada no era obtener una reducción en el impuesto del Reino Unido mediante el desvío de beneficios⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala). Asunto C-196/04. 12 de Septiembre de 2006, p. - I 8031.

⁴¹⁶ *Id.*, p. I - 8035.

⁴¹⁷ *Id.*, p. I - 8037.

⁴¹⁸ *Id.*, p. I - 8046.

⁴¹⁹ *Id.*, p. I - 8047.

La conclusiones del Tribunal de Justicia son interesantemente alejadas de los criterios hasta entonces usuales. Inicialmente declara que si la sociedad se ha constituido en un Estado miembro con *la única finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable*, no es criterio para concluir que existe un uso abusivo de dicha actividad⁴²⁰. El Gobierno de Reino Unido alega que la legislación sobre Sociedades Extranjeras Controladas pretende luchar contra la evasión fiscal, evitando que sociedades residentes transfieran artificialmente fondos a otra residente en un Estado diferente donde el nivel de tributación es menor mediante la creación de una filial⁴²¹. La Corte manifiesta que si una sociedad matriz establece una sucursal en un territorio de menor imposición, de ninguna forma justifica la invocación de la presunción general de fraude fiscal, ni debe servir de justificación para negar el derecho a tomar decisiones empresariales⁴²². A continuación dice que si la justificación para la constitución de una sociedad fue inspirada en la desgravación de impuestos, no se permite concluir que la operación es un montaje artificial (con empresas fantasma o pantalla) destinado exclusivamente a eludir el respectivo impuesto⁴²³.

La sentencia muestra un progreso en el intento de reconocer el derecho del contribuyente a elaborar una planificación fiscal sobre asuntos referidos al giro de su negocio, sin que por esto deban ser considerados actos de elusión, al menos no directamente.

4.3.4. CASO “KOFOED”

El Sr. Kofed y su socio tenían residencia fiscal en Dinamarca y participaba cada uno del 50% de la sociedad (A). Sobre esta sociedad, quieren obtener dividendos evitando el pago del 45% previsto en la norma danesa. Por este motivo, en 1993 deciden adquirir por el valor de una libra irlandesa una participación de la sociedad (B) que tenía un capital social de dos libras irlandesas. Tres días después cambian sus participaciones en la

⁴²⁰ *Id.*, p. I – 8051.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

sociedad danesa (A) por participaciones en la sociedad irlandesa (B), quedando cada uno como dueño del 50% del capital social de la sociedad irlandesa (B), que ahora poseía la totalidad del capital social de la sociedad danesa. La operación resultaba fiscalmente neutra según la Directiva 90/434/CEE (fusiones). La sociedad irlandesa declara que obtuvo beneficios sustanciosos de la adquisición. En el reparto de beneficios correspondiente existía el beneficio del convenio entre Dinamarca e Irlanda para evitar la doble imposición.

De lo decidido por el Tribunal se obtiene que no se puede luchar contra el fraude de ley mediante interpretaciones extensivas⁴²⁴. En segundo lugar, concluye que aun bajo el supuesto de que el único motivo de la operación ha sido el beneficio fiscal, el Tribunal de Luxemburgo debe remitirse a la norma específica anti elusiva por ser la que debe regir en el proceso⁴²⁵. El hecho de que el Estado danés no haya incorporado la Directiva 90/434, no significa que se pueden aplicar las normas internas anti elusión, por lo que corresponde a un tribunal nacional analizar si existe alguna norma compatible con la Directiva⁴²⁶. A juicio de MANUEL LUCAS DURÁN, lo más destacable de esta decisión es la aplicabilidad de la doctrina del fraude de la ley (*abus de droit o fraus legis*) a la operación, donde la Corte considera que no es necesario que la Directiva y la norma nacional tengan normas anti abuso, pero es indiscutiblemente necesario que exista una norma que contenga estos parámetros, puesto que en el caso de que no existan ni normativa comunitaria ni norma nacional, sería absurdo que sea considerado evasión o elusión fiscal amparados únicamente en el abuso de derecho⁴²⁷.

El desarrollo jurisprudencial nos ayuda a entender cual debe ser la forma de razonamiento de la Corte para evaluar el motivo económico válido. En este sentido, las conclusiones de los últimos casos manifiestan que la única forma de combatir la elusión fiscal es la creación de normas. Concordantemente, la interpretación extensiva no puede

⁴²⁴ Manuel Lucas Durán. STJCE de 5-7-2007. *Hans Markus Kofoed versus Skatteministeriet*, As. C-315/05. Directiva 90/434/CEE. Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones. http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_05Jul_Lucas.pdf. p. 6

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Id.*, p. 8.

ser utilizada como un instrumento por parte de las administraciones tributarias para llegar a conclusiones alejadas de la legalidad. Lo que rescatamos dentro de lo mencionado en las sentencias de Cadbury Shweppes y muy especialmente en el proceso de Kofoed, es que formas instrumentos como la realidad económica no sirven para combatir la elusión fiscal, esto puede llegar a convertirse en una forma arbitraria de interpretación donde se permita, en beneficio de la administración tributaria, llegar a conclusiones alejadas a la ley.

4.4. LA AUSENCIA DE CERTEZA

ADAM SMITH recogió en 1776, en la segunda parte de su libro *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, cuatro reglas impositivas que deben ser invocadas irrefutablemente: economía, certeza, comodidad y justicia⁴²⁸. Centrando nuestra atención en la segunda de ellas, el impuesto a pagar, como lo señala este autor, debe ser cierto y no arbitrario⁴²⁹. El autor concluye esta idea manifestando que la certeza de lo que cada individuo debe pagar y el por qué, es el más alto deber del sistema tributario, incluyendo que un grado de desigualdad no es tan peligroso como un pequeñísimo grado de incertidumbre⁴³⁰. Aproximadamente dos siglos después, SHOUP, uno de los tratadistas más reconocidos de nuestro tiempo, manifiesta que la certidumbre es la máxima estabilidad de la legislación fiscal, por ende, la no realización de modificaciones o interpretaciones caprichosas de la misma⁴³¹.

La doctrina ha establecido que el fenómeno de la elusión es aquel a través del cual, un sujeto, con la finalidad de obtener ahorro fiscal, aplica un régimen al que no tendría derecho por su situación sustancial⁴³². Es necesario diferenciar los supuestos de economía de opción y elusión. El primer concepto evita un hecho imponible de un negocio jurídico, optando por otro negocio jurídico⁴³³. Por el contrario, como se manifestó en el Capítulo III, existe el escenario donde se opta por el uso de otro negocio jurídico para beneficiarse de un

⁴²⁸ José Juan Ferreiro *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial ... Óp. cit.*, p. 15.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² Soraya Rodríguez Lozada. *La doctrina sobre el motivo económico válido ... Óp. cit.*, p. 556.

⁴³³ *Ibid.*

mejor tratamiento fiscal, pero a través de una causa o fin distintos, se pretende obtener, en condiciones abusivas, los efectos civiles y mercantiles que ofrecía el primer negocio, estableciendo en este caso la causa, como tratamiento anti elusivo⁴³⁴. En este mismo sentido, la Ley General Tributaria española reconoce la necesidad de certeza de la ley tributaria al disponer que el crédito tributario es un derecho con el que cuentan las sociedades, salvo que la ley establezca lo contrario⁴³⁵.

Más allá de las concepciones que cada Estado tenga sobre el tema, lo fundamental será que exista un sistema legal donde se haga mención al fondo. En general, existe un abusivo tratamiento por parte de las legislaciones que nada dicen sobre el tema, y que han encontrado en conceptos indeterminados como el motivo económico válido una herramienta para ejercer ese poder. En Latinoamérica, tanto el motivo económico válido como el criterio de la realidad económica o criterio de esencia sobre la forma como se lo conoce en Ecuador, no han sido instrumentos que buscan esclarecer el tema, sino, básicamente es una herramienta que hace a las administraciones tributarias actuar de forma abusiva en favor del Estado, desnaturalizando completamente dichos conceptos.

La concepción de la obligación tributaria como se la entendió en el siglo XX, que a su vez marca el nacimiento del derecho tributario, conlleva el principio de igualdad (jurídica)⁴³⁶ entre Estado y el contribuyente en su diversas relaciones económicas y jurídicas, sirviendo esto de base para la existencia del crédito tributario, manifestándose como un principio de disponibilidad legal⁴³⁷.

El régimen tributario norteamericano vigente a nivel federal, ha abordado este tema de la misma forma en la que se lo ha tratado en la Comunidad Europea, encontrando que las reorganizaciones empresariales son operaciones no gravadas del impuesto a la renta y debe permitirse el traslado de beneficios fiscales por regla general⁴³⁸. A pesar de esta

⁴³⁴ *Id.*, p. 557.

⁴³⁵ *Ibid.* Ley General Tributaria (España). Artículo 18. 18/12/2003.

⁴³⁶ Valdez Costa. Principio de igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria. *Revista española de Derecho Financiero No 73*, 1992. pp. 8-10.

⁴³⁷ López Díaz. *Discrecionalidad administrativa y autocomposición de intereses en materia tributaria*. Memorias de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. ILADT, Quito: 2004, p. 419.

⁴³⁸ *Id.*, p. 460.

concepción acertada, se apanan en conceptos jurídicos como el motivo económico válido que es difícilmente entendido para dejar de aplicar este beneficio.

Explicar si una fusión, como muchas otras figuras empresariales, tiene un motivo económico válido puede resultar excesivamente sencillo o absolutamente imposible. Defendemos la tesis de que no es necesaria la demostración de motivo económico válido para el proceso de fusión en Ecuador, y reprochamos el hecho de que se esté satanizando a la estrategia tributaria, confundiéndola como formas de defraudación fiscal, donde se tiene que realizar sustentos equivocados para que el objetivo primordial de la administración, que es el cobro de impuestos, pueda ser llevado a cabo.

4.5. CONCLUSIONES SOBRE LAS XXV JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO

Si existe un argumento irrefutable sobre las XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario es que el tratamiento sobre fusiones y adquisiciones no es uniforme, y peor aún, cada Estado tiene un sistema diferente, incluso llegando al sorprendente punto donde se entiende a estas figuras de forma diversa. Básicamente cada país ha delimitado su criterio sobre el traslado de pérdidas en los procesos de reorganización en relación a la experiencia vivida internamente o en relación a la experiencia obtenida por otros países. El sistema acogido por cada nación ha tenido diferentes efectos dependiendo del Estado, siendo estos lamentablemente en su mayoría negativos. Pudimos observar que en Chile, Brasil y Perú, prácticamente han decidido bloquear el traslado de pérdidas, lo cual se ha traducido, según algunos de los expositores, en una sustancial reducción del uso de esta figura por parte de las entidades, puesto que se desconoce a ciencia cierta la decisión sobre la que se puede inclinar la administración tributaria en relación al traslado de beneficios fiscales.

Sistemas como el ecuatoriano no hacen ningún tipo de especificación sobre el tema. La ausencia de participación en las principales discusiones de las Jornadas demuestra la falta de tratamiento normativo por parte de la legislación ecuatoriana. Sin embargo, como se ve en repetidos casos, el hecho de que no exista tratamiento normativo en sus países no ha

sido un obstáculo para que emitan criterios al respecto de diferentes puntos relativos al acarreo de pérdidas. En el caso ecuatoriano, la lectura que hacemos nos deja como conclusión que la falta de información y desarrollo legal sobre el tema resulta igual a negarlo por completo. Como opinión personal considero, sin lugar a duda, que para los casos donde se busque el traslado de pérdidas en beneficio de la entidad absorbente para ser reducido del impuesto a la renta pueden existir diversidad de criterios al momento de aceptarlo y dependerá de la voluntad del Servicio de Rentas Internas, y cuando se busque únicamente la reducción del impuesto por pagar, se negará. Al no existir ningún sistema legal internamente se optaría por emplear *el criterio de esencia sobre la forma* o de la realidad económica cuando el fisco lo considere necesario. Los resultados de esta interpretación serían considerar a la fusión como un acto de elusión, evasión o simulación como ha sido interpretado en diferentes países y como, según la investigación nos ha demostrado.

Vemos con desdicha que el sistema tributario ecuatoriano, a diferencia de otros en la región, simplemente no dice absolutamente nada sobre el tratamiento que se le debe tener al traslado de pérdidas para los casos de fusión.

Cuando la Unión Europea decide emitir una decisión donde se dilucida que los Estados no deben obstaculizar las fusiones con una interpretación extensiva del motivo económico válido, las intenciones de las administraciones tributarias se vieron diezmadas puesto que existe un obstáculo para concebirlo como fraude de la ley. A pesar de haber alcanzado un paso importante al emitir una opinión bajo esta consideración, su análisis es limitado, puesto que para su entendimiento, la fiscalidad no debe ser un freno pero *tampoco debe ser un estímulo* para una reorganización, desconociendo el carácter fundamental que tiene la planificación tributaria en las decisiones corporativas. A pesar de la limitación de la decisión europea, existen todavía diferentes opiniones emitidas por los expositores de las Jornadas donde declaran que esta disposición es “hiper protectora de los derechos de los particulares y minus valorativa del interés fiscal del Estado”, por lo que observamos que la

mayor parte de los expositores olvida la supuesta igualdad existente entre el fisco y el contribuyente⁴³⁹.

Considero también erróneo el hecho de que algunos países en América hayan intentado emular lo desarrollado en la Unión Europea, puesto que la realidad de los países de la región, está muy alejada a la que se vive en el continente europeo, y resulta excesivamente optimista pensar que los resultados obtenidos, especialmente el momento de acudir al sistema de justicia, serán similares. Esto se demuestra en la forma en la que la administración viene utilizando la realidad económica desde hace ya mucho tiempo, convirtiéndola en un arma más que en una herramienta importante en la forma de interpretación. El hecho de que se haya intentado emular, de mala manera por cierto, el tratamiento europeo, nos lleva a la lamentable conclusión de inoperancia en el desarrollo jurídico-científico latinoamericano. La experiencia europea ha influenciado para que las administraciones tributarias de la región decidan aplicar cláusulas generales anti elusión. Otros Estados han emprendido el camino más sencillo al no permitir bajo ninguna circunstancia el traslado de pérdidas para todos los casos de reorganización. La posición venezolana ha sido la única que considera relevante tomar en cuenta que, cuando los Estados decidan imponer medidas anti elusivas, deben acordarse lo recomendable que sería emplear cláusulas especiales razonables, afines al principio de *permanencia del negocio y permanencia del interés accionario*.

En concordancia con lo mencionado en el párrafo anterior, resulta por demás contradictorio el hecho de que las administraciones latinoamericanas consideren que el sistema europeo ha sido adecuado especialmente en lo que respecta en medidas anti elusión, y a la vez, considere que el tratamiento dado a las fusiones transfronterizas debe ser diferente al sistema creado para las sociedades nacionales. Si algo nos demuestra el criterio europeo bajo la Directiva estudiada, es que en lo posible se debe dar un trato igual a los actos jurídicos semejantes. Además, resulta evidente que un objetivo esencial de la Directiva es que las entidades extranjeras puedan gozar de los mismos beneficios de los que gozan las compañías locales. Para los Estados latinoamericanos, resultará un verdadero desafío suscribir acuerdos internacionales que permitan dar un tratamiento esquemático a

⁴³⁹ Paul Cahn-Speyer Wells. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales*. Óp. cit., p. 91.

las fusiones. El proceso deberá incluir una forma de homogenización de la normativa interna con lo estipulado en los tratados bilaterales y multilaterales, si es que consideran pertinente realizarlo.

CONCLUSIONES

El análisis tanto de la jurisprudencia, como de la ley, y especialmente de la doctrina, me permite contar con los argumentos suficientes para llegar a conclusiones sobre la hipótesis inicialmente planteada. Este trabajo intenta emitir una opinión fundamentada que revele la posibilidad de amortizar pérdidas incurridas por una sociedad absorbida, como consecuencia de un proceso de fusión por absorción, específicamente, en los supuestos donde el único motivo de la restructuración empresarial ha sido beneficiarse del crédito tributario.

Conforme el análisis de los distintos elementos examinados como parte de este trabajo, es posible estipular que el traslado de atributos fiscales, específicamente de pérdidas, es un derecho de toda sociedad y ésta no requiere de la comprobación de un motivo económico válido para acogerse a este parámetro. Bajo este preámbulo, nos permitimos señalar que no concordamos con la posición de la mayor parte de la doctrina, que fundamenta su razonamiento sobre el traslado de pérdidas, a un indispensable propósito empresarial válido, a pesar de que una importante cantidad de Estados no tengan en su legislación el cumplimiento de este requisito, por ende, no cuentan con una norma que sustente esta forma de actuación de la administración tributaria.

En concordancia con lo mencionado, en el supuesto de que sea indispensable cumplir con este criterio, lo cual no es aceptado por nosotros, puede sostenerse sin mayor dificultad que, fundamentar una fusión en la reducción de carga tributaria, es un propósito empresarial válido, puesto que, como se ha visto a lo largo del trabajo, la planificación tributaria es esencial en la actividad desarrollada por las sociedades, y definitivamente es considerado un motivo económico de importancia.

Entendemos que el principio de neutralidad fiscal ha sido aceptado por todas las legislaciones analizadas dentro del presente trabajo, sin embargo, no concordamos con lo sustentado bajo este criterio por lo difícil que resulta asumir que las decisiones empresariales deben olvidar el ámbito tributario en su totalidad. No solo que es un elemento de trascendental importancia en la planificación empresarial, sino que, como se ha tratado de demostrar dentro del presente trabajo, puede ser el móvil único en la toma de

decisiones. El uso de impuestos para direccionar la actuación de los consumidores no es algo que únicamente los contribuyentes y las sociedades empleen, sino que es el mismo Estado, en base a la política buscada, la que suele emplear impuestos para direccionar el consumo y la producción de su población en favor de ciertos bienes y en rechazo de otros.

Una de las principales ideas que se ha intentado promover con el desarrollo de este trabajo es la concepción de seguridad jurídica, y como la certeza de la ley y de la actuación de la autoridad convocada a practicarla resulta en nuestra opinión, la característica más relevante de todo el Derecho Tributario. Siendo la certeza el concepto primordial en la práctica, los sistemas tributarios deben alcanzar la igualdad de criterios para todos los casos semejantes, y bajo nuestra consideración, mientras todos se encuentren en igualdad de condiciones sin perjuicio de otros, y se conozca cual será el criterio de la administración tributaria para cada caso, estaremos sujetos a un sistema adecuado, hecho que beneficia tanto al contribuyente como al ente recaudador.

Resulta difícil de deliberar, como lo hace un grupo de la doctrina, que al promover un proceso de fusión no se debe tener en cuenta el beneficio o perjuicio fiscal. En el contexto en el que se desarrollan las sociedades desde hace ya algunos años pero muy especialmente en la actualidad, las consecuencias tributarias pueden llegar a ser igual de importantes como lograr economías de escala o el aumento cuotas de mercado. Los motivos estratégicos corporativos esencialmente buscarán maximizar los ingresos de las sociedades, con esto, los ingresos de sus accionistas. Para cumplir con este objetivo, el estudio fiscal sobre cada acción emprendida resulta indispensable.

De la misma forma, rechazamos el criterio de un número importante de legislaciones, que reiteradamente mencionan que el simple hecho de carecer de motivo económico válido, debe suponer un acto atentatorio contra los intereses de la administración tributaria, enmarcándolo en un ámbito de forma de defraudación al fisco. El uso de la fusión como medida de restructuración empresarial con la finalidad exclusiva de obtener un beneficio tributario, para nada significa que la restructuración haya sido efectuada con el propósito único de engañar, perjudicando los intereses del Estado, sino que debe ser entendida como una operación que, lejos de carecer de razón, es ejecutada para hacer efectivo su derecho a buscar una forma legal y legítima de reducir su carga impositiva.

De la misma forma, comprendemos que la aproximación más cercana a realizar una fusión bajo estas condiciones es considerarlo como elusión. Afirmamos esto a pesar de que no consideramos que exista elusión. No obstante, consideramos de la misma forma que en el caso de que se la considere como elusión, esto no debe acarrear consecuencias jurídicas contra quien la haya realizado, puesto que, en estos casos, no existe ningún impuesto establecido por la ley generado.

Para nuestro entender, mientras el derecho comercial haya adoptado como criterio que en las operaciones de reorganización, la entidad absorbente asuma todos los derechos y responda por todas las obligaciones, el traslado de pérdidas opera de pleno derecho. Sería ilógico pensar que la entidad únicamente debe asumir su responsabilidad por las obligaciones de la empresa fusionada, y no pueda gozar de los beneficios de la misma. La excepción a esta regla sería que la ley tributaria equivocadamente disponga de una norma contraria a lo manifestado, siendo que al menos en este caso se conocería la consecuencia tributaria del ejercicio en cuestión.

Siendo nuestra posición que la fusión no requiere de motivo económico válido para que sea realizada, resulta ineludible aclarar que las administraciones tributarias en general, han tenido serios inconvenientes al momento de definir con exactitud cuál si es un motivo económico válido, lo que a mi entender se traduce en que no existe fundamento jurídico con el que se pueda argumentar que una reorganización empresarial realizada exclusivamente para obtener un traslado de pérdidas fiscales, carezca de un motivo económicamente válido. Al realizar el análisis en los casos latinoamericanos, nos encontramos que la conclusión casi absurda a la que llegan las administraciones tributarias, que entienden, que si el móvil único para el ejercicio de la fusión es el traslado del crédito tributario para reducir el impuesto a la renta, se está realizando una fusión *simulada*, buscando que el Estado subsidie la absorción de la empresa mediante la reducción de la carga impositiva.

La realidad económica es sin duda uno de los instrumentos más importantes con los que cuentan las administraciones tributarias para poder luchar contra el uso de figuras que perjudiquen su recaudación. La esencia económica sobre la forma jurídica adoptada puede llegar a ser fundamental para poder detectar una simulación sin la necesidad de tener que

recurrir a la nulidad del negocio jurídico. Además, permite atender a la esencia económica de algunas actuaciones y de esta forma, logra colaborar en el proceso de interpretación, logrando conclusiones que sin esta no se podrían obtener.

A pesar de que el motivo económico válido es un requisito que aparece como denominador común en la jurisprudencia, en la normativa de los diferentes Estados y en la doctrina más aceptada, nos alejamos de esta posición puesto es un concepto jurídico indeterminado, y esto permite a la administración llegar a conclusiones equivocadas. Peor aun aceptamos el hecho de que existan sistemas que no contengan este principio y de todas formas lo apliquen.

El criterio de la realidad económica, como lo ha desarrollado la doctrina, acierta en algunos puntos y erróneamente acoge a otros. Consideramos que bajo ningún punto de vista se debe olvidar el análisis de que la operación tributaria es predominantemente jurídico, si bien se fundamenta en una consideración económica, esto no modifica el hecho de que su interpretación debe atender a la naturaleza misma de la figura. Considerar el fundamento económico de la operación societaria y del tributo es un avance importante en las consideraciones a realizar en la interpretación, pero, olvidar la característica jurídica de la operación resulta equivocado, y en el fondo, un retroceso en la forma de interpretación. En el caso de que se la entienda de esta manera, el fundamento de esta interpretación pierde su sentido y se transforma en un arma por parte del Estado para realizar una interpretación *pro fisco*.

Hemos encontrado que en la práctica la administración tributaria emplea la realidad económica cada vez que no tiene norma que sustente su razonamiento forzado en búsqueda de la recaudación de impuestos. Este precepto, en concordancia con el motivo económico válido, es lo que ha permitido que, a pesar de que el motivo económicamente válido es completamente ajeno a la legislación local, de todas formas pueda ser invocado, y aunque no se lo llame de esta forma, exista.

Vemos con desdicha el hecho de que el poco éxito por parte de las administraciones tributarias en la búsqueda por combatir la evasión fiscal, se haya traducido en toda Latinoamérica en que la realidad económica debe ser usada para todas las ocasiones donde no exista sustento legal. Dentro del presente trabajo se ha sido muy enfático en el hecho de

que el traslado de pérdidas es un derecho propio de las sociedades, y nuestro sistema tributario lo respalda. De todas formas, para no cumplir con este derecho, la propia administración tributaria ha sabido respaldarse en sustentos fuera de lo legal para de esta forma no cumplir la ley.

Finalmente, podemos concluir que nuestra posición sobre el problema jurídico inicialmente planteado se comprobó a lo largo del desarrollo de este trabajo. No solo debe quedar absolutamente claro que el traslado de pérdidas es un derecho que es acogido de forma plena en el sistema tributario ecuatoriano, sino que este cabe en todas las ocasiones y no requiere de la demostración de motivo económico válido que lo sustente. La legislación ecuatoriana, aunque sería muy recomendable que lo haga, no menciona nada sobre el acarreo de atributos fiscales, por lo mismo, esto se traduce en que cabe en toda ocasión.

BIBLIOGRAFÍA

- Acero Salazar, Martín. *Los nuevos elementos introducidos a las fusiones en Colombia mediante la Ley 1258 de 2008 y su tratamiento tributario. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Aguilar Rubio, Mariana. *Crédito tributario y concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2009.
- Arrasco, Hugo. *Glosario de términos fiscales, aduaneros y presupuestales*. IURE editors, 2007.
- Ayres Barreto, Paulo. *Fusões, aquisições e o planejamento tributário. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Ballarín, Eduard, Canals, Jordi y Fernández, Pablo. *Fusiones Y Adquisiciones De Empresas: Un Enfoque Integrador*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- Barboza, Sergio. *Reorganización corporativa en las empresas del sistema financiero: las fusiones*. En *ius et veritas*. Año IX, No. 19 de diciembre de 1999.
- Botella García-Lastra, Carmen. *Fusiones y Adquisiciones. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Bravo, Mercedes. *Contabilidad General*. Quito: Facultad De Ciencias Administrativas De La Universidad Central Del Ecuador, 1998.
- Cahn-Speyer Wells, Paul.
- Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
 - La elusión fiscal en Colombia. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Comunicación técnica de Colombia a la ponencia general “la elusión fiscal y los medios para evitarla”, presentada en las *XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, isla Margarita, Venezuela, Memorias, tema I*. Caracas: Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2008.
- Carpio Rivera, Romeo. *Fusiones y adquisiciones aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

- Cimino, Filippo Alessandro. *Profili elusive della scissione non proporzionale. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Código Civil. Registro Oficial No. 797-2S de 26 de septiembre de 2012.
- Código Orgánico Integral Penal Artículo 298, numeral 15. Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Código Tributario. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008.
- Consulta a Luis Parraguez Ruiz. Martes, 13 de enero de 2015.
- Consulta a Patricio Salazar (responsable del área jurídica, Zonal 9 del Servicio de Rentas Internas). Martes, 13 de enero de 2015.
- Corasaniti, Giuseppe. *Aspetti Tributari dei Conferimenti in Societa. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Córdova Arce, Alex. *El régimen fiscal de las fusiones y adquisiciones de empresas. Ponencia nacional Perú. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Corral, Manuel. *Estudio Práctico Del ISR Para Personas Morales: Con El Apoyo De 120 Casos Prácticos Sobre Temas De Compleja Interpretación*. Primera ed. México: Ediciones Fiscales ISEF, 2005.
- Corral Moreno, Manuel. *Estudio Práctico del ISR para personas morales*. Octava ed. México: ISEF, 2005.
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Caso 293 U.S. 465 (1935) (Debatido: diciembre, 4-5, 1934; decidido: enero, 7,1935).
- Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. "Gregory v. Helvering 293 U.S. 465 (1935)." *Justia Law*. N.p., n.d. Web. 03 de marzo de 2015.
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/case.html>.
- Dávalos, Nelson. *Diccionario Contable y Más*. Quito: ABACO, 2003, p. 246.
- Dávalos, Nelson y Córdova, Geovanny. *Diccionario Contable y más*. Quito: Corporación Edi-Abaco Cía. Ltda., 2002.
- Dávila, Marcelo. *La naturaleza jurídica de al especie valorada*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2009.

Dueñas, Oscar. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. *Google Books*. 2nda ed. Facultad de Jurisprudencia Universidad de Rosario <https://books.google.com.ec/books?id=vVZAE9IAqEkC&pg=PA19&dq=interpretar%2Bla%2Bley&hl=es&sa=X&ei=CdadVLDsPIGJgwTqroLoBA&ved=0CBsQ6AEwAA#v=onepage&q=interpretar%20la%20ley&f=false>. 5 de enero de 2015.

Esquiaga, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Universidad de Ciencias Jurídicas, 2008.

Ferreiro, José Juan, *et al.* (comps.). *Curso de Derecho tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular*. 12ava ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1996.

Freytes, Roberto O. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Relatoría nacional de Argentina. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

García Novoa, Cesar. *El fondo de comercio en los procesos de reestructuración empresarial. Especial referencia al fondo de comercio financiero. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

Giorgetti Armando. *La evasión tributaria*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.

Giuliani, Fonrouge. *Derecho Financiero*. Volumen II. 6ta ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. p. 728.

Godoy, Norberto. *Interpretación de las normas jurídicas tributarias*. Buenos Aires: La ley, 2002. Libro de Marcelo Lascano. *Impuestos: Doctrinas Fundamentales 1942-2002*.

Greco, Orlando. *Diccionario Contable*. Cuarta ed. Buenos Aires: Valletta Eds., 2007.

Horngren, Charles T., Harrison, Walter T. y Suzanne, Oliver. *Accounting*. 8va ed. Upper Saddle River, New Jersey: Prentice Hall, 2009, p. 10.

Houghton, Diane y Wallace, Ralph G.. *Manual De Términos Y Procedimientos Contables*. Bilbao: Deusto, 1987.

Hundskop, Oswaldo. Las relaciones de canje en las fusiones y escisiones de sociedades. *Advocatus*, No. 13. (2005).

Jarach, Dino. *Finanzas Públicas y el Derecho Tributario*. 3era ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lascano, Marcelo. La interpretación de la ley tributaria. Tratado de derecho tributario, Dirigido por Andrea Amatucci. Tomo I Temis.

Ley 29 de 1991. Adoptada por la legislación española a la directiva 90/434/CEE.

Ley de Compañías. Artículo 337. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Artículo 14, numeral 1. Registro Oficial No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 1. Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

López Díaz. *Discrecionalidad administrativa y autocomposición de intereses en materia tributaria*. Memorias de las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. ILADT, Quito: 2004.

López, Isauro L.. *Diccionario Contable, Administrativo y Fiscal*. Tercera ed. México: ECAFSA, 2001.

Lucas Durán, Manuel. STJCE de 5-7-2007. *Hans Markus Kofoed versus Skatteministeriet*, As. C-315/05. Directiva 90/434/CEE. Régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones.

Manía, Marlon y Ruiz M., Miguel. *Tax Ecuador 2010*. Primera ed. Ecuador: TRENIO, 2010.

Minuche Zambrano, Efrén. *El Principio de "Realidad Económica" en El Derecho Tributario*. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-economico/359a378_elprincipio.pdf. 3 de enero de 2015.

Navarrine, Camila. *Derecho Tributario. Doctrinas Esenciales*. Tomo III. Buenos Aires: Revista Jurídica Argentina. La Ley, 2010, p. 953. El libro cita Explicaciones del Profesor de Harvard Oliver Oldman *Como prevenir la evasión fiscal de impuesto a la renta*. Conferencia sobre la Administración de Impuestos, Buenos Aires, 1961, Documento No. 2.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogota: Editorial Temis, 2002.

Parkin, Michael y Esquivel, Gerardo. *Microeconomía: Versión para Latinoamérica*. Séptima ed. México: Pearson Educación, 2006.

Parraguez Ruiz, Luis. Anexo Apuntes del Código Civil. Libro Cuarto: Teoría general de las obligaciones. Universidad Técnica Particular de Loja.

- Patiño, Rodrigo. *Sistema tributario ecuatoriano*. Tomo I. Cuenca: 2013.
- Pérez Ayala, José Luis y Gonzales, Eusebio. *Curso de Derecho Tributario*. Tomo I. 4ta ed. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1986.
- Piñeros Perdomo, Mauricio. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Pita Grandal, Ana María y Aneiros Pereira, Jaime. *La cláusula anti abuso en las fusiones desde la perspectiva comunitaria y española. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis. *Introducción al Derecho*. Murcia: Ediciones de la Universidad de Castilla de la Mancha, 1996.
- Richaed, Rumelt. *Strategy, Structure and Performance*. Harvard Buisness School Press. Boston, 1974.
- Rodríguez, Pablo. *El abuso de Derecho y el Abuso Circunstancial*. 1era ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Rodríguez, Soraya. *La doctrina sobre el motivo económico válido en las reestructuraciones societarias. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Sampaio, Rui. *Contribuciones para el estudio de la estrategia y del régimen de las fusiones y adquisiciones en la Unión Europea. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Sastre Castillo, Miguel Ángel y Blasco López, Francis. *Diccionario de dirección de empresas y Marketing*. Madrid: Ecobook, 2009.
- Segura, Manuel. *Sobre la interpretación del Derecho*. Universidad de Santiago de Compostela, 2003.
<https://books.google.com.ec/books?id=yb2O9SYJSOwC&pg=PA94&dq=interpretacion+literal+de+la+norma&hl=es&sa=X&ei=gUegVNWBBoy1ggTrIDoDw&ved=0CCEQ6AEwAQ#v=onepage&q=interpretacion%20literal%20de%20la%20norma&f=false>.
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala). Asunto C-196/04. 12 de Septiembre de 2006.

- Spisso, Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. *Guía Técnica para el análisis de operaciones de control económico*.
- Taveira Torres, Heleno. *Reorganização societária internacional á luz dos novos modelos de business combination e suas repercussões tributarias. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Troya Jaramillo, José Vicente. *Derecho Internacional Tributario*. Serie de Estudios Jurídicos. Vol. 4. Quito: Corporación Editora Nacional, 1990.
- Uckmar, Victor, Corasaniti, Giuseppe y Plazas Vega, Mauricio A.. *Manual De Derecho Tributario Internacional*. Bogotá: Temis, 2010.
- Uría, Rodrigo, Menéndez, Aurelio y Iglesiasprada, Juan Luis. *Fusión y escisión de sociedades*. En: Hundskopf, Oswaldo. *Las relaciones de canje en las fusiones y escisiones de sociedades*. *Advocatus*. No. 13. Diciembre, 2005.
- Valdez Costa. Principio de igualdad de las partes de la relación jurídica tributaria. *Revista española de Derecho Financiero No 73*, 1992.
- Vega, Elizabeth. *Interpretación de las normas tributarias en el Ecuador*. Tesis de grado. Universidad de Cuenca. Cuenca, 2010.
<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2674/1/tm4394.pdf>.
- Villegas, Álvaro. *Fusiones y adquisiciones. Aspectos internacionales. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Relatoría Nacional de Bolivia.
- Villegas, Carlos. *Tratado de las sociedades*. 1era ed. Santiago De Chile: Editorial Jurídica De Chile, 1995.
- Villegas, Héctor. *Curso de finanzas y derecho financiero y tributario*. 3era ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, Tomo I, 1984.
- Vodanovich, Antonio. *Curso de Derecho Civil*. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Parte General y las Personas. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento, 1945.
- Yañez, Felipe. *La elusión fiscal y los medios para evitarla. XXV Jornadas Latinoamericanas De Derecho Tributario*. Relatoría nacional de Chile, XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.