

RECLAMACIÓN TRIBUTARIA POR LA DEDUCIBILIDAD DE INTERESES DE UNA DEUDA SUBORDINADA

1.- Introducción:

Las actividades de la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. (“OCP Ecuador S.A.”) están reguladas en el “Contrato para la Construcción y Operación del Oleoducto de Crudos Pesados y Prestación del Servicio Público de Transporte de Hidrocarburos” que suscribió con el Estado Ecuatoriano el 15 de febrero de 2001 (también conocido como el “Contrato de Autorización”).

El Contrato de Autorización describe las obligaciones que asumió la compañía, siendo la principal construir el oleoducto de crudos pesados por su propia cuenta y riesgo, es decir sin comprometer recursos públicos y sin que el Estado deba realizar ninguna inversión ni garantizar ningún crédito. En consecuencia, el costo total de construcción del oleoducto de crudos pesados es asumido mediante inversión privada, sin ningún costo para el Estado.

Una vez construido el oleoducto de crudos pesados, la compañía está obligada a operarlo por su propia cuenta y riesgo, prestando el servicio público de transporte de hidrocarburos. La compañía debe prestar este servicio durante el “Período de Operación” que, según determina el Contrato de Autorización, dura veinte años.

A la terminación de los veinte años de duración del Período de Operación, la compañía transferirá, gratuitamente y sin costo alguno a favor del Estado Ecuatoriano, la totalidad del oleoducto de crudos pesados y sus instalaciones, mediante la transferencia de las acciones de la compañía. En resumen, el Contrato de Autorización obliga a la compañía a construir y operar el Oleoducto sin costo para el Estado y a transferirle su propiedad gratuitamente luego de veinte años de operación.

2. Financiamiento a través de un Project Finance:

En cumplimiento de estas obligaciones asumidas, OCP Ecuador S.A. obtuvo un préstamo de un grupo de bancos privados internacionales, por un monto total de USD 900 millones de dólares (la “Deuda Senior”). Las condiciones contractuales de este financiamiento incluyen la limitación de incrementar la deuda de la compañía, salvo que esa deuda adicional se someta a determinadas condiciones de subordinación (principalmente que la deuda subordinada solo sea pagadera luego de que se cumpla con las obligaciones de la Deuda Senior).

Ante esas limitaciones, y con la necesidad de obtener financiamiento adicional para cumplir con las obligaciones asumidas para con el Estado Ecuatoriano mediante el Contrato de Autorización, Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ecuador S.A. obtuvo un préstamo de su accionista, la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ltd., por aproximadamente USD 440 millones de dólares (la “Deuda Subordinada”).

El monto de este crédito externo fue destinado para la construcción del oleoducto de crudos pesados y cumplió con todos los requerimientos legales para el efecto. Cabe recordar que la ley no prohíbe los préstamos de accionistas o partes relacionadas.

3. La glosa del SRI por los intereses de la Deuda Subordinada:

La Ley de Régimen Tributario Interno a la fecha de firma del Contrato de Autorización, y a la fecha de la firma y el registro del contrato de Deuda Subordinada, establecía los requisitos para que los intereses de créditos externos sean deducibles, siendo estos:

1. Que el crédito externo esté registrado en el Banco Central del Ecuador.
2. Que la tasa de interés sea inferior la tasa máxima del Banco Central del Ecuador, y en el caso en que fuere superior, que se retenga el 25% de impuesto a la renta en el pago de intereses que se realice al exterior en la parte que exceda de esa tasa máxima del Banco Central del Ecuador.

Esas normas de la Ley de Régimen Tributario Interno no hacían diferencia en si el deudor y el acreedor son partes relacionadas o no.

En el caso del crédito externo consistente en la Deuda Subordinada, OCP Ecuador S.A. cumplió con todos los requisitos legales aplicables al préstamo, que fue debidamente registrado en el Banco Central del Ecuador, y en los pagos de intereses OCP Ecuador S.A. ha retenido y pagado al Fisco más de USD 75 millones por el exceso del interés pactado sobre la tasa máxima de interés referencial establecida por el Directorio del Banco Central del Ecuador. En consecuencia, de conformidad con la ley, esos pagos de intereses son deducibles del impuesto a la renta.

Sin embargo el SRI, por cada ejercicio económico a partir del inicio de operaciones en el 2003 (y hasta ahora el correspondiente al año 2009) mediante determinaciones tributarias ha objetado la deducibilidad del pago de esos intereses, y reclama indebidamente el pago de más de USD 129.2 millones de dólares de OCP Ecuador S.A. (más intereses, multas y recargos).

Cabe señalar que en el Contrato de Autorización, y en el Contrato de Inversión suscrito en esa misma fecha, el Estado Ecuatoriano se comprometió a respetar la estabilidad jurídica y tributaria de las leyes aplicables a la fecha de la firma de esos contratos.

El SRI argumenta indebidamente que la Deuda Subordinada fue, o debió haber sido, un aporte de capital. Al hacer ese argumento, el SRI ignora que un préstamo es distinto a un aporte de capital (el préstamo se paga, mientras el aporte de capital queda en la compañía), y que un préstamo de accionista es una figura legal, financiera y contable universalmente reconocida.

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

4. Reclamaciones administrativas y judiciales:

OCP Ecuador S.A. ha iniciado reclamos administrativos impugnando esas determinaciones tributarias, que han sido luego confirmadas por el mismo SRI. OCP Ecuador S.A. ha

demandado ante el Tribunal Fiscal esas resoluciones del SRI que confirmaron las determinaciones tributarias.

Con relación al juicio iniciado por OCP Ecuador S.A. por impugnación de la determinación tributaria del año 2003, la Corte Nacional de Justicia, mediante sentencia de casación apegada a la ley dictada el 18 de julio de 2013, aceptó parcialmente la demanda de OCP Ecuador S.A. y dejó sin efecto la sentencia de la Cuarta Sala del Tribunal Fiscal y dictó una nueva sentencia, reconociendo el derecho de OCP Ecuador S.A. a la deducción de los intereses de la Deuda Subordinada.

Sin embargo, el 2 de octubre de 2013 el SRI presentó una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional en contra de la sentencia de 18 de julio de 2013 emitida por la Corte Nacional de Justicia, en la cual alegó que la sentencia de casación habría cometido violaciones de los derechos y garantías constitucionales del SRI. Es así que mediante sesión extraordinaria de pleno de 26 de diciembre de 2013, la Corte Constitucional, sin haberse pronunciado sobre los argumentos debidamente motivados presentados por OCP Ecuador S.A., resolvió aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada por el SRI y dejar sin efecto la sentencia emitida el 18 de julio 2013 para que el caso regrese a la Corte Nacional de Justicia, ahora integrada por dos nuevos magistrados designados por el Consejo de la Judicatura el 25 de septiembre de 2013, y se dicte una nueva sentencia.

5. Conclusiones:

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

El préstamo subordinado que recibió la compañía OCP Ecuador S.A. de su accionista, la compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP) Ltd., fue un préstamo real que ha sido ya pagado en gran parte y un crédito externo permitido por la ley, cuyos recursos fueron efectivamente recibidos para completar el financiamiento de la construcción del OCP para beneficio del país.

La autoridad tributaria ha aducido una supuesta “subcapitalización” de la compañía, cuando fue el mismo Estado el que, a través de un Decreto Ejecutivo y en el Contrato de Autorización suscrito, estableció el monto de capital social de OCP Ecuador S.A. en USD 55 millones, suma no comparable con otros casos a los que se le pretende asimilar.

OPC Ecuador S.A. mantiene que cumplió a cabalidad con los requisitos establecidos por la ley para que el pago de intereses de ese crédito externo sea deducible de su impuesto a la renta, y reitera que ha actuado siempre con integridad y transparencia en todas sus actividades, y de manera particular con estricto apego a la ley en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.