



01168 22  
2ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE INGENIERIA

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

TESIS

ANALISIS PARA LA DETERMINACION DEL PAGO DE  
REGALIAS ENTRE PARTES RELACIONADAS CON BASE  
EN UNA JUSTA TRIBUTACION CORRESPONDIENTE A LA  
LEY FISCAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN MEXICO

PRESENTADA POR:

JULIO CESAR TRASLOSHEROS FRIAS

PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN INGENIERIA

( INVESTIGACION DE  
OPERACIONES )

DIRIGIDA POR:

M. I. JAIME FRANCISCO GOMEZ VEGA

Ciudad Universitaria, JUNIO 1998

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

264/16



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
Contenido	3
<b>I. ANTECEDENTES</b>	<b>4</b>
1.1. Necesidad del Pago de Regalías con base en una justa tributación	4
1.2. Evolución Histórica de las Políticas en Materia de Precios de Transferencia.	6
1.3. Análisis de la situación en México	11
1.4. Problemática	14
Objetivos	16
<b>II. PRINCIPIO DE VALOR DE MERCADO</b>	<b>17</b>
2.1. Definición	17
2.2. Estatuto del Principio de Valor de Mercado.	17
2.3. Aplicación del Principio de Valor de Mercado	17
<b>III PRECIOS DE TRANSFERENCIA</b>	<b>21</b>
3.1. Definición	21
3.2. Sujetos del Precio de Transferencia	22
3.3. Operaciones Sujetas al Precio de Transferencia	22
3.4. Determinación del Precio de Transferencia	23
3.4.1. Regla del Mejor Método	24
3.4.2. Sugerencias adicionales para la determinación del Precio de Transferencia	25
3.5. Contexto Nacional	26
3.5.1. Requisitos de Documentación Contemporánea	26
3.5.2. Acuerdos de Precios Anticipados (APAs)	27
<b>IV. PROPIEDAD INTANGIBLE</b>	<b>28</b>
4.1. Definición de Propiedad Intangible	28
4.2. Derechos Transferibles	29
4.3. Tipos de intangibles	29
4.3.1. Intangibles comerciales	29
4.3.1.1. Ejemplos de patentes y marcas registradas	30
4.3.2. Atributos de "empresa en marcha" corporativa	32
4.3.3. Transferencia de empleados	32
4.3.4. Intangibles Rutinarios y No Rutinarios	33
4.4. Propiedad de un intangible	33
4.4.1. Propiedad Legal	34
4.4.2. Propiedad Económica	35
4.4.3. Propiedad por acuerdo	35
4.4.4. Acuerdos de costos compartidos	36
4.4.5. Desarrollo conjunto de intangibles	36
4.4.6. Contrato de investigación y desarrollo	36

4.5. Transferencia de un intangible	39
4.5.1. El problema de intangibles incrustados	40
4.5.2. El problema de viaje redondo	40
<b>V. DETERMINACIÓN DE UNA REGALÍA EN VALOR DE MERCADO</b>	<b>42</b>
5.1. Casos Especiales	45
5.2. Aspectos Relevantes en el Cálculo de una Remuneración en Valor de Mercado	47
5.3. Fijación de precios en Valor de Mercado Cuando la Valuación es Altamente Incierta en el Momento de la Transacción	49
5.4. Actividades de Mercadeo Emprendidas por Empresas que no tienen Marca Registrada o Razón Social.	51
<b>VI. MÉTODOS PROPUESTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL PAGO DE REGALÍAS</b>	<b>53</b>
6.1. Método de Transacción Comparable No Controlada (CUT)	53
6.2. Método de Partición de Utilidades	55
6.3. Pagos Únicos Globales	55
6.4. Método de Rendimiento Económico (ERM)	56
6.5. El Estándar de Ingreso Conmensurado (The Commensurate-with-Income Standard)	59
6.5.1. Ajustes periódicos	62
6.5.2. <i>La norma del intervalo aceptado (The safe harbor rule)</i>	62
<b>VII. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS MÉTODOS PROPUESTOS</b>	<b>64</b>
7.1. Método de Transacción Comparable no Controlada (CUT)	64
Ejemplo 1	64
Ejemplo 2	66
7.2. Método de Rendimiento Económico	68
Ejemplo 3	68
Ejemplo 4	70
7.3. Análisis combinado	73
Ejemplo 5	73
7.4. Aplicación del Estándar de Ingreso Conmensurado	74
Ejemplo 6.	74
Ejemplo 7	75
Ejemplo 8	76
Ejemplo 9	76
<b>IX. CONCLUSIONES</b>	<b>75</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>77</b>
<b>Anexos I y II</b>	<b>78</b>

## INTRODUCCIÓN

Durante los últimos 30 años el mundo ha experimentado importantes cambios en el comercio internacional. Las empresas en un principio estaban restringidas al comercio local, después éstas crecieron expandiéndose rápidamente hasta llegar a ser grupos multinacionales con filiales en casi todos los países desarrollados y países con mercados emergentes. Como resultado, hoy en día se estima que el 60% del comercio internacional se hace entre partes relacionadas<sup>1</sup>, y son los productos que poseen o están a manera de bienes intangibles, los que obtienen mayores márgenes de utilidad.

La enajenación de bienes intangibles<sup>2</sup> es una de las controversias más discutidas últimamente en cuanto a precios de transferencia<sup>3</sup> se refiere, tal es el caso del pago de regalías entre compañías o partes relacionadas al que se sujeta una de las partes por el uso y explotación de estos bienes. Valuar un intangible resulta muy complicado debido a la cantidad de aspectos que se deben tomar en cuenta y a lo difícil que es llegar a un mutuo acuerdo entre las partes interesadas (Ejemplo, gobierno y contribuyentes o bien entre terceros).

La cesión de bienes, ya sean tangibles o intangibles, se da con amplios criterios que pueden ir desde la simple compraventa de activos (que pueden obedecer a intereses personales o a los del grupo) hasta las múltiples estrategias de mercado que permiten a las empresas enajenar esos bienes, creciendo y experimentando en nuevos entornos para desarrollar un aumento de valor en los diferentes activos. Lo anterior es deseable y conveniente, pero lamentablemente al existir en el mundo jurisdicciones fiscales con imposiciones a veces muy diferentes, se realizan *prácticas no deseables* que permiten a empresas y a cualquier tipo de contribuyente *desarrollar estrategias* con miras a la *obtención de ahorros fiscales* que resultan en *evasión de impuestos*; por lo que es importante dar un *precio justo a los activos* mediante la aplicación de *métodos* que permiten al contribuyente *demonstrar que no realiza este tipo de prácticas ilegales*.

El precio que entre partes relacionadas venden sus productos, dan servicios, hacen investigación y mejoras, o garantizan préstamos, ha sido siempre temas de interés para las autoridades fiscales. Pero el desarrollo de los últimos años ha hecho de "*precios de transferencia*", leyes que regulan el pago de regalías, el nuevo impuesto de la década de 1990 y potencialmente el impuesto más importante de las próximas décadas.

Las nuevas regulaciones, nacionales e internacionales, tienen implicaciones de gran relevancia debido a que los grupos multinacionales deberán rediseñar y replantear sus estructuras y organización, de tal forma que sus transacciones y enajenación de bienes se realicen conforme al "*principio de valor de mercado*<sup>4</sup>", tal y como lo especifican los

<sup>1</sup>Parte relacionada, se refiere a las personas que al realizar transacciones comerciales una de ellas participa directa o indirectamente en la administración, control o capital de la otra. Ver Ley del Impuesto Sobre la Renta Art. 64-A. Ver Capítulo III.

<sup>2</sup>Este tipo de bienes tienen la característica especial de que su valuación puede resultar complicada. Ver capítulo IV.

<sup>3</sup>Procedimiento creado para el control de transacciones efectuadas entre empresas relacionadas o asociadas. Ver capítulo III.

<sup>4</sup>Este principio es la base de las leyes en precios de transferencia. En esencia indica el precio al que debe pactarse un bien o servicio, como si se tratara de una transacción entre partes no relacionadas, obedeciendo las circunstancias que imperan en el mercado. Ver Anexo I. Ver también Lineamientos en Precios de Transferencia de la OCDE.

lineamientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico<sup>5</sup> (OCDE) y Servicio de Recaudación Interna (IRS<sup>6</sup>), organismos rectores en la legislación de precios de transferencia.

La controversia es tan grande, que algunos estudios indican que sólo en los EE.UU., los abusos por concepto de manipulación de precios de transferencia le cuestan al gobierno estadounidense \$10 mil millones de dólares anualmente.

Solo en los Estados Unidos de América del Norte hay 27,000 casos relacionados con impuestos internacionales, con 30.7 mil millones de dólares en litigio. Empresas en 42 países se encuentran involucradas en litigios en la corte norteamericana en las que se encuentran compañías como Apple, Chevron, Coca Cola, Exxon, Hitachi, Mobil, Nestle, Pepsi y Texaco. 48% de las empresas multinacionales han sido examinadas en Estados Unidos. El número de agentes que laboran como autoridades fiscales aumentaron de 673 en 1990 a 3,048 en 1993. Estas cifras dan una idea de la complejidad de la controversia.

Los Países involucrados en litigios en materia de precios de transferencia en la Corte Federal estadounidense son: México con 2 matrices y 2 subsidiarias, Panamá una filial, Colombia con una filial, Ecuador con 2 filiales, Perú con 2 filiales, Samoa Norteamericana con 1 filial, Bahamas con una filial, Islas Caimán con Una matriz y 2 filiales, Puerto Rico con 4 filiales, las Antillas con 1 matriz y 2 filiales, Venezuela con 1 filial, Brasil con 3 filiales y Argentina con 2 filiales.

Actualmente se modifican legislaciones como la de Australia, Corea y Sudáfrica con el fin de integrarse al régimen de la OCDE. Además, países como México, que ya pertenecen a este organismo, modifican y actualizan su legislación fiscal para estar dentro de las nuevas reglamentaciones fiscales de régimen internacional.

Los *objetivos de estas reformas* o modificaciones son principalmente: *el de aumentar los ingresos al gobierno, adoptar las reglas de la OCDE, evitar la doble tributación y procurar que la aplicación de la ley sea eficiente.*

Los ejemplos anteriores son un indicador que revelan la gran importancia que tienen los precios de transferencia en el mundo económico actual. Y resalta la *necesidad de empresas y gobiernos de adecuarse a las nuevas circunstancias* que rigen en las transacciones *comerciales.*

Esta tesis tiene la finalidad de analizar los pagos por concepto de regalías por la utilización esencialmente de bienes intangibles y dar una alternativa para su valuación. Además documentar, dada la escasa información en el idioma español, lo relativo a las Leyes de Precios de Transferencia que regulan los pagos mencionados y que han sido de reciente inclusión en nuestra legislación.

Para la elaboración de este trabajo, dado lo nuevo de este tema la información es escasa, me he auxiliado de tres fuentes principales, los Lineamientos de Precios de Transferencia de la OCDE, La Regulaciones del Servicio de Recaudación Interna de los EE.UU. y la experiencia que he desarrollado trabajando en uno de los primeros despachos establecidos en México para la Asesoría fiscal Internacional.

Es importante mencionar que gran parte de la información para la prestación de los servicios de Fiscalía Internacional, las diferentes firmas la guardan como confidencial, ya

<sup>5</sup>Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. Este organismo internacional se encarga, entre muchas cosas, de regular el comercio internacional entre sus afiliados y también de quienes no lo son. México es un nuevo integrante, por lo que es de esperarse que nuestra legislación sea altamente influenciada por la normatividad de la OCDE.

<sup>6</sup>De sus siglas en inglés Internal Revenue Service (Servicio de Recaudación Interna de los EE.UU.)

que la experiencia que éstos poseen y adquieren al desarrollar nuevos proyectos dan un gran valor agregado a su trabajo.

### Contenido

En el primer capítulo se dan los antecedentes para la elaboración de este trabajo, además de la justificación del cobro justo de regalías. Aquí se encuentran el análisis de la problemática y los objetivos de esta tesis.

En el segundo capítulo trata del Principio de Valor de Mercado, principio fundamental en el que están basadas las Leyes de Precios de transferencia.

El tercer capítulo es introductorio para quienes tienen poca o ninguna relación con las Leyes de Precios de Transferencia. Dado que el pago de regalías está regulado por estas leyes, es necesario, para los fines de esta tesis, su conocimiento, su definición, su aplicación, quienes están sujetos y a que operaciones se aplica, como se determina este precio de transferencia y los métodos más aceptados.

En el cuarto capítulo se discuten las consideraciones especiales que surgen al establecer si las transacciones y sus condiciones se encuentran dentro de lo establecido por el principio de valor de mercado. Se define el concepto de "Intangible", y se describe la clasificación que da OCDE.

En el capítulo V, se desarrolla, a manera de guía, la determinación de una regalía utilizando el principio de valor de mercado. También se presentan situaciones especiales como, cuando la valuación es altamente incierta y cuando las empresas operan sin una marca o razón social específica.

En el sexto capítulo, se exponen las metodologías propuestas para la determinación del pago de regalías, además se desarrollan otros temas como es el estándar de ingreso conmensurado, que se aplica en la legislación estadounidense y probablemente se aplicará en la nuestra.

En el séptimo capítulo se presentan ejemplos a las metodologías expuestas.

En el último capítulo, se exponen las conclusiones a esta tesis.

Al final se agregan dos anexos, el primero es un extracto de los Lineamientos de la OCDE sobre el Principio de Valor de Mercado, y en el segundo se presentan los artículos 64, 64-A y 65 de la Ley del ISR de México, con una breve explicación.

## CAPÍTULO I ANTECEDENTES

El pago de regalías ha sido una práctica que se realiza como tal desde la edad media, los reyes, de donde proviene este término, tenían derechos económicos o financieros establecidos sobre bienes reales o fiscales como tierras vacantes, aguas, fuentes, montes, prados, bosques, salinas o minas, etc. Los reyes otorgaban el derecho de aprovechar estos bienes mediante una prestación siendo importantes ingresos para la hacienda real. En la edad moderna esta práctica se extendió, y las nuevas provincias conquistadas como las de América eran bienes de jurisdicción real, así también fueron considerados para el pago de regalías, las minas, canteras, ganado y algunos cultivos.

En la actualidad el pago de regalías ha adquirido una posición importante en el comercio mundial, aunque ya no es exclusivo de reyes, dada la naturaleza y el tipo de pagos por derechos adquiridos, el término se conserva con la variante de que el pago se hace entre empresas e individuos quienes transfieren bienes o ceden derechos de los mismos. Este pago ha adquirido una complejidad que ha resultado en grandes controversias principalmente por el surgimiento de nuevos tipos de bienes de propiedad como son los intangibles.

Dada la importancia que han adquirido los intangibles en las transacciones comerciales y la considerable fuente de ingresos vía impuestos que puede significar, los diferentes gobiernos, especialmente los de las grandes potencias y en los últimos años el de México, se han preocupado por reglamentar la transferencia de los bienes y el pago correspondiente de regalías.

En el pasado, los precios de transferencia en varios países estaban manejados por expertos en leyes, sin embargo, sus interpretaciones las argumentaban en leyes nada precisas y algo abstractas.

Tomando en cuenta un futuro dominio de los intangibles y su valuación, los precios de transferencia se apartarán de ser un campo de argumentos legales para entrar en un área dominada por economistas quienes deberán realizar profundos análisis económicos tales como valorar el riesgo asumido, las funciones ejecutadas y los intangibles controlados. Así también, *el análisis funcional* basado en datos económicos, *dominará el futuro* de los planes y defensa de *precios de transferencia*.

### 1.1. Necesidad del Pago de Regalías con base en una justa tributación

En el futuro, el poder del mercado y la primacía económica será de quienes controlen los bienes intangibles. Sin duda el valor más alto pagado en fusiones y adquisiciones internacionales es por los activos intangibles de las compañías tales como, sus marcas registradas, razón social, patentes, know-how<sup>1</sup>, cartera de clientes y reputación comercial. Comparado con el valor de tales intangibles, los márgenes de utilidad que pueden ser atribuidos a funciones de servicios o producción son y serán más limitados. Así, las cuestiones de que donde los intangibles deberían ser desarrollados, el régimen legal en el cual estos son desarrollados (costos compartidos Vs. Concesión), la transferencia de activos intangibles de una jurisdicción hacia otra y la valuación de intangibles serán el área

<sup>1</sup>Término en inglés que indica experiencia práctica, habilidad o conocimiento técnico.

clave dentro de precios de transferencia, con ambos términos complejos orientados a impuestos.

Las empresas al desarrollar o mejorar sus intangibles utilizan recursos humanos e intelectuales, instalaciones, servicios, espacios y entornos adecuados, así como otros para el desarrollo de estos intangibles. En lo general las empresas o un simple individuo se ven altamente beneficiados con estos desarrollos o mejoras. Los que deciden el cobro o reubicación de estos intangibles, con el simple fin de obtener beneficios fiscales, al trasladar estas utilidades o bien el intangible en su totalidad a países con jurisdicciones impositivas cómodas o bajas, le quitan al lugar de origen y a sus habitantes algo que realmente les pertenece, ya que en un principio ambos, tanto patrón como trabajadores y los pobladores de la región contribuyeron, compartiendo riesgos y el entorno que permitió obtener las metas que en un principio se plantearon.

Hoy en día los intangibles representan millones de dólares en utilidades para las compañías, y en el pasado dichas compañías comenzaron a encontrar mejores alojamientos para sus utilidades, especialmente en los llamados paraísos fiscales, lo que daba grandes ventajas competitivas pero con resultados adversos para los países y sus gobiernos que veían reducidos sus ingresos, aunado a la pérdida de empleos por las salidas de empresas que decidieron cambiar sus casas matrices.

Por ejemplo, en los últimos 20 años el incremento en número de compañías domésticas ha resultado en alianzas para dar lugar a grupos multinacionales de compañías con subsidiarias y filiales distribuidas por el mundo entero. Los cambios en las empresas pueden ser caracterizados por tres estrategias claves que interactúan: *globalización, modernización y orientación del valor hacia los accionistas*. La globalización de los negocios requiere estructuras mundiales directivas operacionales y efectivas.

Las consideraciones que los accionistas tengan, requieren de un incremento en los ingresos que solo podrán ser alcanzadas por la globalización, la penetración de mercados adicionales, en particular los emergentes, y una reducción de las estructuras directivas y administrativas innecesarias.

En consecuencia, los diferentes grupos empresariales se reorganizan llevando sus funciones administrativas a centros de servicio, la producción la concentran en ciudades o países con mano de obra barata, los intangibles de alto valor los reubican y desarrollan en jurisdicciones con bajos impuestos, y minimizan cargas de impuestos y aranceles por medio de la reorganización de sus canales de distribución, por ejemplo el uso de estructuras a comisión.

Estos cambios en la estructura de las empresas, que basan sus objetivos en maximizar sus utilidades después de impuestos, afectan particularmente a jurisdicciones con altas imposiciones fiscales cuando las funciones que producen altas utilidades se trasladan a países con bajas imposiciones fiscales, y a medida que el intercambio de bienes y servicios entre los grupos de empresas se reorganiza cambian con detrimento el precio de transferencia entre las partes relacionadas.

Es por lo anterior, que se encuentra una *justificación por demás válida* de que los gobiernos pugnen por el pago de regalías justas. Pero la controversia surge al querer valuar este pago justo. En un principio, la determinación del precio de transferencia estaba en manos de abogados que en base a propios criterios determinaban o avalaban estos precios. Para el caso del pago de regalías, se hacían tratos intercompañías sin una ley que realmente regulara el pago, por lo que la fuga de capitales encontraba una puerta fácil. En consecuencia, en los últimos años los gobiernos de las grandes potencias respondieron con

medidas, a veces arbitrarias, que limitarían, y de ser posible evitarían la salida de estos capitales al extranjero por motivos fiscales.

### Estrategias de las Empresas Multinacionales para Aumentar sus Ingresos



## 1.2. Evolución Histórica de las Políticas en Materia de Precios de Transferencia

La utilización del término "Precios de Transferencia" y aplicación en asuntos fiscales data de la Primera Guerra Mundial. En 1915 la Gran Bretaña fue el primero en legislar e implementar, seguido de Estados Unidos. Esta legislación estaba basada en principios preventivos más que operativos. En los años posteriores los países industrializados reconocieron en sus legislaciones este término, pero sin una utilización generalizada.

En la década de 1920 se introduce el principio de Arm's Length<sup>2</sup> o principio de valor de mercado, el cual se basa principalmente en el precio que resulta de la ley de la oferta y la demanda. Este principio es de gran importancia, pues en él gira gran parte de las metodologías<sup>3</sup> aceptadas por las diferentes legislaciones para determinar el precio de transferencia.

No es hasta la década de 1960, donde estuvo caracterizada por el amplio consenso de las potencias industrializadas, que se le da importancia a la determinación de este precio de transferencia.

En 1961 nace la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico "OCDE"<sup>4</sup>, que después funcionaría, entre otras cosas como organismo rector en fiscalía internacional.

En 1968 los Estados Unidos de América del Norte introducen en su legislación el artículo 482, que son las primeras regulaciones en proveer lineamientos específicos para calcular los precios de transferencia, ya sea de propiedad tangible o intangible.

Para la siguiente década, 1970, el Servicio de Recaudación Interna (IRS) de los EE.UU. comienza a aplicar el Artículo 482 e inicia litigios. La OCDE, por su parte, acepta el principio de Arm's Length o Valor de Mercado, y en su reporte de 1979, en el artículo 9 de los Modelos<sup>5</sup> de Tratados Comerciales para los países miembros referente a precios de transferencia, introduce metodologías para la obtención de los precios de transferencia. En este reporte hay un completo consenso, para la inclusión de métodos de precios de transferencia que tenía que ser determinado en base a uno de los tres métodos siguientes<sup>6</sup>:

- ⇒ Método de Precio no Controlado
- ⇒ Método de Precio de Reventa
- ⇒ Método de Costo Adicionado

En estas dos últimas décadas la economía mundial se expandía rápidamente, por lo que el desempleo era mínimo y el ingreso por concepto de impuestos era alto. Por consiguiente el área de precios de transferencia era poco estudiada y su aplicación muy limitada.

La situación mundial, en continuo cambio, en la década de 1970 comenzó a favorecer a países como Japón y Alemania, que gracias a sus altos niveles tecnológicos estas economías se fortalecieron hasta llegar a ser de los mayores exportadores hacia los EE.UU., desplazando en gran medida los productos estadounidenses, por lo que su industria local comenzó a verse amenazada. Además, las empresas comenzaron a reubicar sus fábricas manufactureras a países con menor costo de mano de obra y transferir propiedades de valiosos intangibles a países con menores imposiciones fiscales. La misma experiencia tuvieron las demás potencias comerciales. En consecuencia, los EE.UU. y las otras

---

<sup>2</sup>Este término en inglés, indica que se trata de una operación bajo el régimen de libre competencia en el mercado. En esta obra este término se denominará como "valor de mercado" (ver capítulo III).

<sup>3</sup> Ver capítulo VII

<sup>4</sup> Este organismo fue precursorado por la Organización Europea para la Cooperación Económica, integrada para administrar la ayuda económica proveniente de los Estados Unidos y Canadá bajo los auspicios del Plan Marshal para la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Entre las actividades desempeñadas la OCDE estudia e investiga, en apoyo del comercio mundial, todo lo relacionado con asuntos fiscales. La vocación de la OCDE, es la de reforzar la economía de sus países miembros, mejorar su eficiencia, afinar los sistemas de mercado, ampliar el libre comercio y contribuir al desarrollo tanto de los países industrializados como los países en desarrollo.

<sup>5</sup>Ver "OECD Model Treaties" y "OECD Transfer Pricing Report 1979".

<sup>6</sup>Estos métodos están basados en las transacciones de las empresas.

potencias comenzaron a reestructurarse y a formar bloques económicos, que permitió a los países fortalecerse y ser más competitivos.

La salida de las empresas de los estados unidos, principalmente, y los otros factores provocaron una considerable disminución del ingreso tributario además de desempleo, creando una grave carga al gobierno de los EE.UU. y entrar en la década de 1980's con una inminente recesión.



La recesión, obviamente no estaba confinada solo a los Estados Unidos. Ésta afectó severamente a economías de la Unión Europea y Japón que al mismo tiempo se vieron amenazadas por las economías emergentes de la Cuenca del Pacífico como Corea y la nueva superpotencia económica, China. Las economías industrializadas, encabezadas por Alemania, Japón y el Reino Unido sufrieron los mismos síntomas que los estadounidenses.

En respuesta a la creciente recesión, el IRS<sup>7</sup> de los Estados Unidos incrementa el número de economistas para estudiar y analizar la problemática de esta nación y hacer frente a la recesión que comenzaba con un gobierno con ingresos disminuidos y un creciente gasto público.

Así, la respuesta norteamericana fue la de incrementar impuestos, principalmente a las empresas extranjeras, ya que políticamente tenía un costo mucho menor que el

<sup>7</sup>De las siglas en inglés del Servicio de Recaudación interna de los EE.UU. "Internal Revenue Service".

incremento hacia los futuros votantes. Por lo que el tema de precios de transferencia, dada la importante fuente de ingresos a la que era posible acceder, tomaría un nuevo giro.

La década de 1980 se caracterizó por un acelerado cambio en las legislaciones y procedimientos y normas en precios de transferencia. Por ejemplo en 1986 el artículo 482 del IRC<sup>8</sup> de los EE.UU. fue modificado para adecuarse a las nuevas necesidades fiscales. Y para el año de 1988 el IRS publicó el llamado White Paper<sup>9</sup> (Papel Blanco) donde se incluyen por primera vez los métodos basados en utilidades.

Dentro de la década de 1980 en los EE.UU. el caso de Bausch & Lomb llama la atención<sup>10</sup>. A partir de la problemática surgida se identifican y sugieren alternativas a interrogantes importantes tales como:

- separación del análisis para transacciones tangibles e intangibles;
- discute el concepto de “contratación manufacturera”;
- analiza los conceptos de comprar vs. manufacturar;
- asignación de riesgos;
- valuación de intangibles; y
- principio de “proporcionalidad al ingreso”<sup>11</sup>

Para la década de 1990, el gobierno norteamericano aumenta los recursos designados a auditorías, obteniendo litigios de casos gigantes y las modificaciones continuaron. Se introduce el programa de Acuerdos de Precios Anticipados (APAs). Se finalizan reglamentos de Precios de Transferencia y Documentación. En 1992 se hicieron propuestas al reglamento, en 1993 se hicieron normas temporales, y en julio de 1994 el IRS emitió la reglamentación final en precios de transferencia del artículo 482 del IRC, seguidas en 1995 por el reglamento de costos compartidos.

Aunque las modificaciones de 1994 sirvieron para suavizar la imposición fiscal, estas siguen presentando controversias. Las autoridades fiscales norteamericanas se apartaron de considerar precios para considerar los resultados obtenidos por las compañías. Además, para obtener un resultado cercano al valor de mercado se basaron en métodos mecánicos y estadísticos sin tomar en cuenta las circunstancias particulares de una específica transacción. Más bien, el reglamento norteamericano, se ha convertido en un instrumento para obtener mayores ingresos vía impuestos, obteniendo más de lo justo.

La respuesta de los gobiernos de las empresas que operaban en los Estados Unidos no se hizo esperar, tomando, en algunos casos, represalias en contra de compañías norteamericanas que operaban en sus países; otros gobiernos optaron en introducir, por primera vez, reglamentos en materia de precios de transferencia.

La OCDE ha actuado como mediador, pero siendo Estados Unidos un importante miembro influyente de esta organización, los lineamientos emitidos en precios de transferencia han respondido a compromisos políticos. En las negociaciones, los representantes de EE.UU. presionaron amenazando con retirarse, para que se incluyeran los métodos basados en utilidades. Por su parte las autoridades europeas, en particular los alemanes y suizos, amenazaron en no firmar el reglamento si se incluía el método norteamericano CPM<sup>12</sup>. Dado el compromiso político, la OCDE decidió desarrollar el

<sup>8</sup>De las siglas en inglés del Código de Recaudación Interna “Internal Revenue Code”.

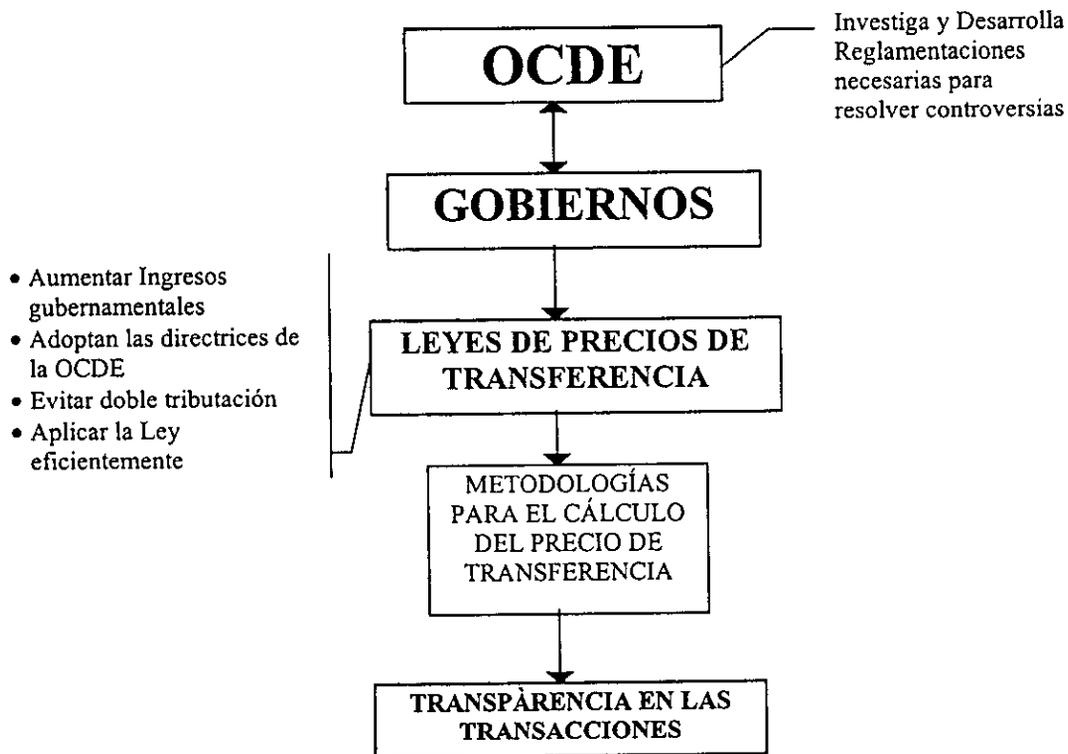
<sup>9</sup>Documento publicado en 1988 por el ISR de los EE.UU., donde se incluyen por primera vez los métodos de precios de transferencias basados en las utilidades.

<sup>10</sup>Tax management Transfer Pricing Special Report, Report No. 25, vol. 6, pág. 24, 1997

<sup>11</sup>Ver Capítulo VI sobre el Estándar del Ingreso Comensurado.

<sup>12</sup>De las siglas en Inglés “Comparable Profit Method” (Método de Utilidades Comparables).

método de márgenes netos transaccionales "TNMM"<sup>13</sup>". Este método requiere identificar transacciones específicas entre partes no relacionadas<sup>14</sup> y en la práctica resulta muy difícil emplearlo.



Solución a la evasión fiscal, fuga de capitales y pérdida de fuentes de trabajo

En 1994 la OCDE publica la primera parte de su proyecto puesto a prueba, llamado: "*Principios Aplicables en Materia de Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales*"<sup>15</sup>. Hasta ahora siete capítulos basados en el principio de valor de mercado (arm's-length), los métodos transaccionales tradicionales, los métodos basados en utilidades, en documentación, pruebas y sanciones, en procedimientos administrativos, en intangibles y servicios grupales han sido finalizados mientras que los capítulos en determinaciones permanentes, costos compartidos, baja capitalización e innovadores instrumentos financieros están en disputa y en negociaciones.

Con el nuevo régimen de precios de transferencia, se establece la obligación de reportar y documentar utilidades y pérdidas de acuerdo al principio de valor de mercado se adoptan las directrices de la OCDE, se introducen nuevos métodos para determinar los precios de mercado, aumentar los ingresos al gobierno, adoptar las reglas de la OCDE y evitar la doble tributación.

<sup>13</sup>De las siglas en inglés de "Transactional Net Margin method".

<sup>14</sup>El término partes relacionadas se refiere a aquellas empresas que al realizar negociaciones entre ellas tienen intereses comunes, diferentes a los de la compraventa de un bien. Partes relacionadas son aquellas que participan de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de las otras.

<sup>15</sup>"Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations" o su equivalente en francés "Principes Applicables en Matière de Prix de Transfert a l'Intention des Entreprises Multinationales et des administrations Fiscales".

México, hoy día en materia fiscal incursiona en el campo de precios de transferencia, y con las nuevas reformas fiscales está preparado para enfrentar el nuevo régimen de comercio internacional. Pero es necesario la actualización y preparación de los encargados de aplicar estas nuevas leyes y dar seguimiento a la manera de como se comportan estas nuevas regulaciones para que sean adecuadas a las necesidades de nuestro país y vigilar que sean compatibles con las legislaciones de los países miembros de la OCDE y principalmente de aquellos con los que se tiene intercambios comerciales importantes.

### 1.3. Análisis de la situación en México.

México, en la década de 1980 inició una apertura económica para favorecer la inversión extranjera, evidentemente que los recursos y las ventajas ofrecidas, tales como mano de obra barata y situación geográfica, fueron suficientes para atraer a los grupos multinacionales, estableciendo principalmente maquilas en el norte del país, generando exportaciones de productos manufacturados que actualmente representan el ingreso económico más importante, superando a las obtenidas por el petróleo que era en ese entonces la fuente principal de divisas.

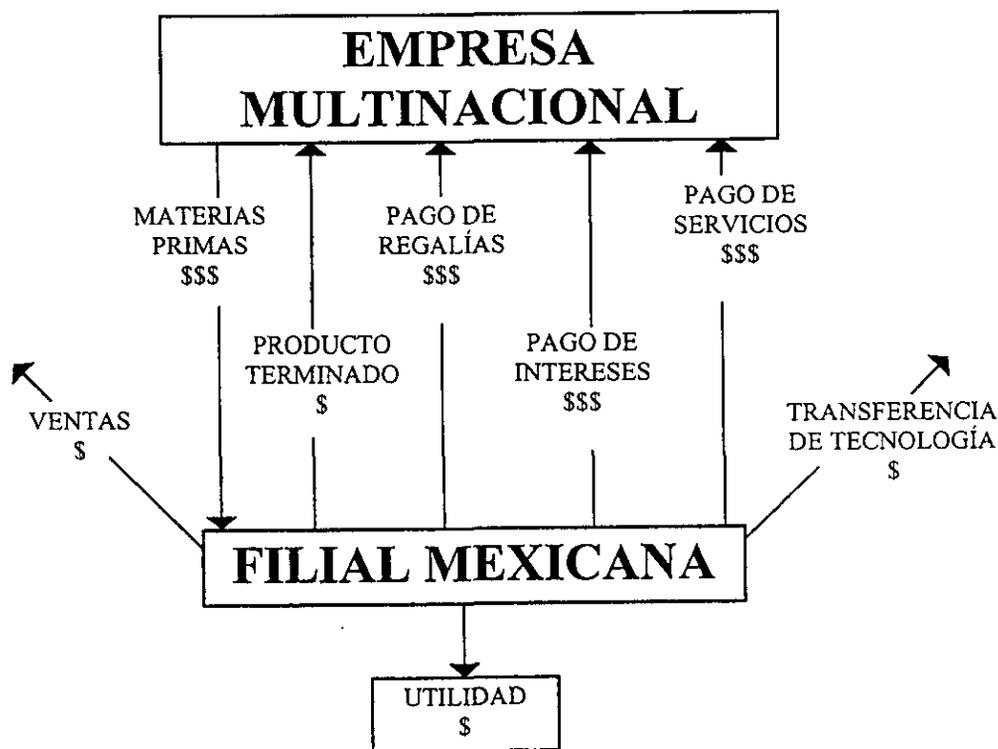
Sin embargo, la inversión no estaba regulada lo suficientemente para asegurar que las utilidades se quedaran en el país. El primer intento fue poner un impuesto sobre los activos que poseían las empresas, pero las maquilas decidieron deshacerse de su activos para después rentarlos, esta imposición afectó más a nacionales que a los inversionistas extranjeros.

Los grupos multinacionales en México operaban de la siguiente manera:

- Altos costos de las materias primas utilizadas para la elaboración del producto, o de productos semiterminados para su ensamble.
- Precio de venta reducido, del producto terminado vendido de nueva cuenta a su matriz.
- Precio de venta a terceros con margen de utilidad reducido, pueden ser productos terminados, semiterminados o de materias primas (ejemplo, cuando se trata de un distribuidor).
- Pago de Regalías, altas.
- Pago de Servicios, altos.
- Transferencia de tecnología, desarrollada en el país y transferida a otra filial con un cargo bajo o nulo.
- Pocas Utilidades o hasta pérdidas.

La globalización continuó su curso y las empresas multinacionales en México reportaban utilidades que no correspondían a la realidad, por lo que el gobierno obtenía de estas empresas bajos ingresos vía impuestos. En consecuencia, las normas en materia de precios de transferencia fueron establecidas en 1992. Bajo estas primeras normas las autoridades tenían la facultad de determinar los ingresos acumulables y deducciones autorizadas de los contribuyentes, en el supuesto caso de que las transacciones entre estos últimos difirieran del estándar del valor de mercado. Los ajustes de precios de transferencia

suponían seguir las metodologías aceptadas por la OCDE. Se podían utilizar precios de mercados o valuaciones<sup>16</sup>.



#### Irregularidades en las utilidades y el cobro de las contraprestaciones

La inclusión de estas leyes respondieron también a los compromisos multilaterales, especialmente los contraídos con sus socios comerciales quienes han adoptado ya las directrices de la OCDE (ejemplo Estados Unidos y Canadá).

En 1994 México ingresa a la OCDE, por lo que es de esperarse que su legislación sea planteada conforme a la normatividad de este organismo.

Avances significativos comenzaron en 1995 cuando las autoridades mexicanas enfocaron sus esfuerzos en las maquiladoras. El objetivo era imponer el estándar de valor de mercado para una industria la cual había operado por más de 20 años sin alguna regulación fiscal eficiente.

En marzo de 1995 se establecieron nuevas regulaciones en la circular miscelánea. Conforme al artículo 244 de estas regulaciones temporales, a las maquiladoras se les imponía un impuesto de al menos el 5% del total de los activos que ellas utilizaban o bien demostrar que se encontraban dentro del intervalo<sup>17</sup> de valor de mercado.

El experimentar con la maquila tuvo éxito al generar ingresos adicionales por concepto de impuestos. Esto también proveyó de experiencia en el desarrollo de análisis

<sup>16</sup>Como en el caso de Brasil, los métodos del costo adicionado y precio de reventa se basaban en coeficientes de utilidades fijados por la ley. Al mismo tiempo, este sistema coexistía con un sistema más flexible, el cual aceptaba la introducción de estudios económicos, situación la cual todavía existe en Brasil.

<sup>17</sup>Intervalo de valor de mercado: Un rango de cifras que resultan cuando más de un método en precios de transferencia es aplicado a una transacción controlada. Lineamientos de la OCDE, Precios de Transferencia. Ver Anexo Principio de Valor de Mercado.

funcional y en la aplicación de los métodos de precios de transferencia. Aunque habían varias iniciativas para identificar abusos sobre precios de transferencia y desarrollar la infraestructura necesaria para iniciar con auditorías en precios de transferencia, pocos casos de auditorías, además de las maquiladoras, han sido examinados en conexión con el reforzamiento de las regulaciones temporales.

El *primero de enero de 1997*, se hicieron *cambios importantes* a las normas de *precios de transferencia* y nuevos requerimientos fueron establecidos. Los principales elementos de las reformas están relacionados al precio de las ventas y transacciones entre compañías. *Ahora es necesario que los contribuyentes reporten*, con el propósito del pago de impuestos, *los montos que hubieran resultado de acuerdo al principio de valor de mercado junto con los precios realmente utilizados en la transacción con partes relacionadas*. Además de conservar la información que compruebe lo anterior. Están obligados a mantener este tipo de información:

- Las personas morales que de acuerdo con la Ley del IRS deban hacer pagos provisionales<sup>18</sup>.
- Las personas físicas con actividades empresariales que de acuerdo con la Ley del IRS deban hacer pagos provisionales mensuales<sup>19</sup>.
- Todas las personas físicas y morales, contribuyentes del IRS que lleven a cabo operaciones con empresas o entidades residentes o ubicadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal.

En julio de 1997 entra en función el nuevo órgano de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México, denominado *Servicio de Administración Tributaria "SAT"*, quien es el encargado de regular y vigilar las diferentes transacciones comerciales efectuadas entre los grupos empresariales.

Para esta nueva ley de 1997, en el art. 64 se exponen tres incisos, que son consideraciones que las autoridades fiscales pueden utilizar para modificar la utilidad fiscal de los contribuyentes de los tres casos citados en dicho artículo.

El artículo 65, anterior a la ley actual indicaba las consideraciones por parte de la SHCP<sup>20</sup> para la determinación presuntiva del precio o monto de la contraprestación. Hoy, este artículo cambia para presentar los diferentes métodos aceptados en nuestra legislación para determinar el precio de transferencia. Además se agrega el artículo 65-A, necesario, ya que nuestra legislación responde a las nuevas adecuaciones de otros países que al aplicar sus leyes fiscales pueden repercutir en la utilidad o pérdida de empresas que operan en México.

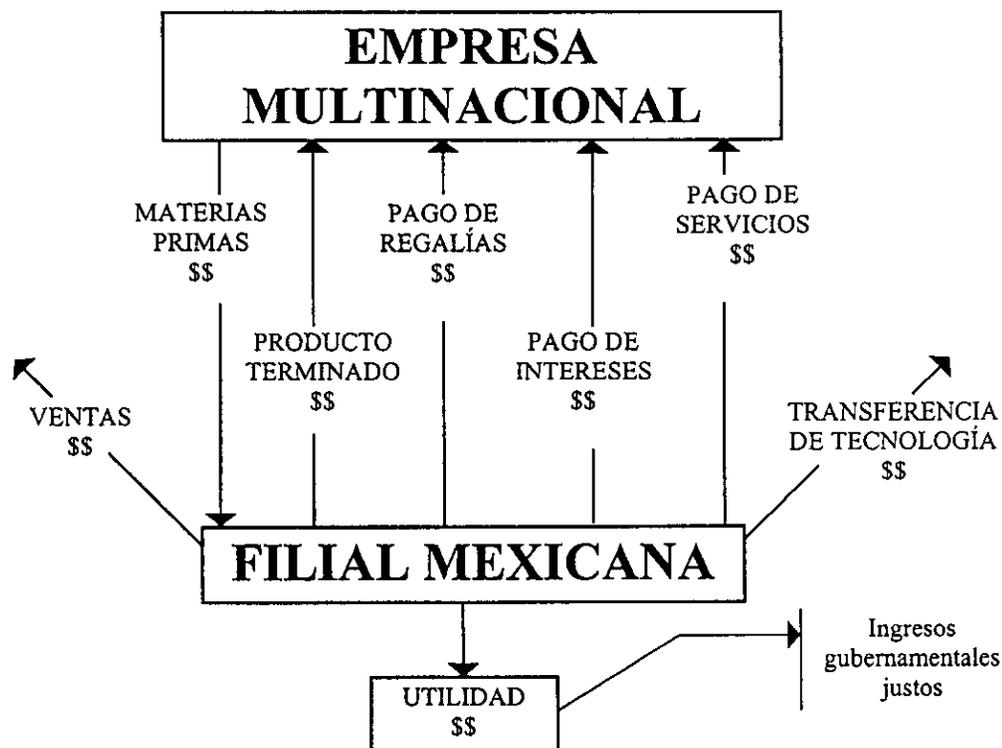
Se espera que toda transacción intercompañía esté dentro del principio de valor de mercado. Las autoridades harán ajustes si el contribuyente no cumple correctamente con esta obligación. A diferencia de la ley anterior, la nueva ley contiene una definición de comparabilidad la cual es consistente con la que da los lineamientos de la OCDE.

Si las leyes son aplicadas eficientemente se *aumentarán los ingresos gubernamentales*, se *adoptarán las directrices de la OCDE* y se *evitará la doble tributación*.

<sup>18</sup>Art. 112, fracción XII de la Ley del ISR.

<sup>19</sup>En enero de 1998 debían presentar declaraciones provisionales quienes hayan obtenido ingresos durante los años fiscales a partir del 1° de enero de 1997, por más de \$8,934,455.19 pesos.

<sup>20</sup>Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México.



**Equidad y transparencia en las operaciones intercompañías**

Este cuadro, que contrasta al anterior, representaría una situación ideal, con compras de materias primas justo, al igual que la venta de productos terminados, el pago de regalías, el pago de intereses, la transferencia de tecnología y la venta de los productos a terceros al precio justo con utilidades justas.

Contrario a la creencia generalizada, los ajustes en precios de transferencia no tienen un impacto en el impuesto del valor agregado ni impuestos sobre consumo. El artículo 39 sobre el impuesto del valor agregado y el artículo 22 del impuesto especial en la Ley de producción y servicios prevé que los montos del impuesto deberían ajustarse en caso de presuntas tasaciones. Esto no incluye ajustes en los precios hechos en los artículos 64-A y 65 de la Ley de Impuestos sobre la Renta<sup>21</sup>

#### 1.4. Problemática

Para la determinación de los precios de lo antes mencionado, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) podrá aplicar los seis métodos<sup>22</sup> propuestos en el artículo 65 de la Ley del IRS.

##### Ajustes:

De no cumplir con lo supuesto en la ley del IRS, las autoridades fiscales pueden llevar a cabo a la utilidad o pérdida fiscal, un ajuste de precios de transferencia se hace mediante la

<sup>21</sup>Ver Ley del ISR.

<sup>22</sup>Ver Art. 65 de LISR. Estos métodos se verán más adelante en el capítulo III

determinación de un crédito fiscal. El principal riesgo de un ajuste es que de lugar a una doble tributación en los casos que no exista tratado bilateral, o cuando no es costeable optar por el procedimiento de Autoridad Competente descrito en el Tratado<sup>23</sup> de la OCDE.

### Multas y Accesorios

Los Ajustes por precios de transferencia como cualquier otro crédito fiscal, se actualizan por inflación, además de recargos y multas.

Los recargos se aplican de manera normal excepto cuando los ajustes se deriva de acuerdos de autoridades competentes con países que no devuelven impuestos con interese en los ajustes correspondientes.

Por lo que respecta a las multas, éstas siguen las siguientes reglas:

- Si se ha cumplido la obligación de mantener documentación sobre las operaciones con partes relacionadas a que hace referencia la fracción XIV del artículo 58 de la Ley del IRS, el monto de las multas sería la mitad de lo que sería aplicable; o
- si no se cumplió con la obligación de mantener documentación, las multas van del 70% al 100% del impuesto omitido y en caso de que se reduzca el monto de la pérdida, del 30% al 40% de la diferencia entre la pérdida declarada y la real.

Para poder documentar y saber si un contribuyente se encuentra dentro de lo establecido en la Ley del IRS, referente a precios de transferencia, es necesario que dicho contribuyente cuente con información y experiencia, además acceder a una extensa base de datos para la obtención de comparables, que son necesarios para poder aplicar las metodologías para llevar a cabo un estudio y establecer sus precios. Esta Ley es nueva y por lo tanto la experiencia se puede considerar nula.

Lamentablemente la Ley mexicana menciona los métodos pero no dice como podrán ser aplicados, es decir que el contribuyente mexicano solo con el puro conocimiento de la ley es incapaz de cumplir con ella.

Existen empresas, localizadas principalmente en los EE.UU. que ofrecen servicios de información de bases de datos para utilizarlas como fuente de comparables. pero esta información es muy costosa, y en ocasiones la información es confidencial; existen bases de datos públicas en los EE.UU., y en México la SHCP utiliza su propia base de datos. Pero el contribuyente tendrá que buscar la manera de acceder a esta información.

Esta situación la han aprovechado despachos de consultoría fiscal internacional, para ofrecer a las empresas mexicanas sus servicios para documentar sus operaciones, pero sus honorarios son realmente altos y muchas empresas que se encuentran dentro de los supuestos en las leyes de precios de transferencia, no podrían costear dichos servicios. Un estudio simple de precios de transferencia que no llega a cumplir los requisitos de un estudio completo, como lo pide la SHCP, llega a costar más de \$10,000 dólares estadounidenses, y este estudio incluiría a empresas que realizan un simple tipo de operación, y en otros casos llegar a costar cientos de miles de dólares cuando se trata de operaciones complejas y de montos significativos.

Según información confidencial, de empresas dedicadas a estos servicios de asesoría fiscal los honorarios son los mismos que se cobran en otras partes del mundo. Por lo que es de esperarse que las cifras de sus honorarios no descendan.

---

<sup>23</sup>Model Tax Convention on Income and on Capital.

Con esta nueva ley, las empresas pequeñas mexicanas que realizan operaciones sujetas a esta ley de precios de transferencia, se ven en serias dificultades.

La Ley Mexicana permite a las empresas que utilicen otras metodologías, diferentes a las incluidas en la Ley del IRS, pero los resultados deben ser congruentes con los que se obtengan con los métodos de esta Ley.

La información bibliográfica, referente a leyes y metodologías sobre precios de transferencia, comienza a fluir pero todavía es escasa y lo disponible se encuentra en su mayoría en idiomas diferentes al español, con aplicaciones a situaciones en el extranjero.

Las leyes mexicanas pretenden tratar a los bienes intangibles y a los tangibles por igual, pero la experiencia en otros países ha encontrado grandes controversias al quererlo hacer así, y esto es debido al grado de complejidad que llagan a tener cierto tipo de intangibles y su valuación resulta bastante complicada.

La problemática sobre intangibles no ha sido resuelta por la OCDE, pero es de esperarse que en el transcurso de este año 1998 tengan algún tipo de respuesta.

*En resumen, la problemática identificada es:*

- Leyes de Precios de Transferencia, poco claras.
- La experiencia de las empresas Mexicanas respecto al Tema es “nula”.
- El Tema es nuevo, y la bibliografía es insuficiente y la existente en su mayoría se encuentra en otro idioma, la información por su naturaleza de como llevar un estudio de precios de transferencia es confidencial y recae principalmente en la experiencia de los ejecutores de este tipo de estudio.
- La asesoría fiscal en Precios de Transferencia es excesivamente costosa.
- La información de comparables (base de datos) es muy costosa.
- Los bienes tangibles y los intangibles son tratados por igual.

### **1.5. Objetivos:**

- Esta Tesis pretende dar a los lectores interesados suficientes antecedentes e información, en español, para la aplicación de esta Ley.
- Resolver la problemática sobre el pago de regalías, dando énfasis en el método de Rendimiento Económico el cual puede utilizarse sin recurrir a comparables.

La información contenida en esta Tesis la considero necesaria y relevante para el entendimiento de este tema (tan importante para las empresas que realizan operaciones intercompañías con partes relacionadas en México y con el extranjero), y es útil para quienes piensen profundizarse en este tema.

Para los fines de esta Tesis, dado lo nuevo y la escasa información en este tema, primero será necesario definir y explicar todo lo relacionado con las Leyes de Precios de Transferencia.

## CAPÍTULO II

### PRINCIPIO DE VALOR DE MERCADO

El principio de valor de mercado (arm's-length) se ha dado como norma internacional para su utilización, como han convenido los países miembros de la OCDE, y debe ser puesto en las diferentes obras con fines fiscales por los grupos de empresas multinacionales y las autoridades fiscales para la fijación de los precios de transferencia.

Dado que la OCDE acepta como idiomas oficiales el inglés y el francés, la traducción al español del término inglés “*arm's length principle*”, o bien “*Le principe de pleine concurrence*” su equivalente en francés, se hace conforme a la función que desempeña este principio. Algunos autores lo nombran como *principio de igualdad o equidad*, o bien de *libre competencia* pero dada la fuerte influencia estadounidense, será común encontrar este término en inglés. En este ensayo se ha utilizado el término “principio de valor de mercado” que es el que más popularidad empieza a tener en nuestra lengua.

#### 2.1. Definición

Se define por la función que este principio realiza:

*Una operación controlada cumple con la norma de igualdad o equidad si sus resultados son congruentes con los que se habrían obtenido si los contribuyentes no controlados hubiesen celebrado la misma operación bajo las mismas circunstancias. Esta norma es la base del Principio de Valor de Mercado o bien, de Equidad o de Igualdad.<sup>1</sup>*

#### 2.2. Estatuto del Principio de Valor de Mercado

El principio de valor de mercado es enunciado en el artículo 9 párrafo 1 del Modelo de Convención Fiscal de la OCDE, el cual es la base de convenciones fiscales bilaterales entre países miembros de la OCDE y día con día de más países no miembros lo comienzan incluir en sus leyes:

##### *Artículo 9*

*“Cuando dos empresas asociadas están dentro de sus relaciones comerciales o financieras ligadas por sus condiciones convenidas o impuestas, que difieren de aquellas que serían convenidas entre las empresas independientes, las utilidades que, sin estas condiciones, hubieran sido logradas por una de las empresas, pero no pudieron ser a causa de esas condiciones, podrían ser incluidas en las utilidades de esta empresa y gravadas en consecuencia”<sup>2</sup>*

Es decir, cuando dos empresas relacionadas realizan operaciones intercompañías, éstas deben realizarse en los términos y condiciones que empresas independientes sostendrían. Lo que resultaría en utilidades similares en las operaciones de empresas relacionadas y las de empresas independientes.

<sup>1</sup>Ver Anexo I.

<sup>2</sup>Traducción no oficial del artículo 9 de la convención fiscal de la OCDE. Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations, Discussion Draft of Part I.

### 2.3. Aplicación del Principio de Valor de Mercado

*Para la determinación del pago de regalías, éste es un principio fundamental para el cual es necesario su amplio conocimiento y entendimiento. En su concepción, el término utilizado "valor de mercado" es claro, y nos dice el precio que tendríamos que pagar o cobrar, según sea el caso, por cierto artículo o servicio en las circunstancias normales que en la generalidad prevalecen. Si por otra parte se paga un precio muy distinto al del valor del mercado se podrá encontrar sujeto a las sanciones de las leyes de precios de transferencia<sup>3</sup>. Se dice un precio muy distinto por que la base de este principio es la de establecer un precio con una diferencia razonable, resultado del precio que pactan las operaciones iguales o similares entre terceros, si se encuentra fuera del él, se es candidato, poco honorable, para que se apliquen auditorías fiscales, que por si solas son molestas y además ser sujeto a sanciones en realidad nada deseables, por lo que es conveniente, en lo posible, estar dentro de lo establecido por el principio de valor de mercado.*

Este principio no es posible aplicarlo siempre con facilidad, ya que lo más sencillo sería encontrar, en el mercado nacional e internacional, operaciones reales similares, y, especialmente en operaciones que involucran intangibles, no es fácil encontrar operaciones comparables confiables que permitan determinar el precio de transferencia. Para dar solución a lo anterior, es posible auxiliarse de ajustes y suposiciones que dependen de la información y del criterio utilizado, pudiendo variar su confiabilidad. En esta tesis, como se verá más adelante, se propone el *método rendimiento económico*, que aplica expectativas financieras que incluyen los estados proforma y el riesgo en que se incurre en los diferentes eventos y operaciones.

Los métodos económicos financieros, pueden ayudar también a quienes se encuentren fuera del valor de mercado, pues con ellos es posible demostrar circunstancias extraordinarias y probar así el porque del precio pactado fuera de este precios en valor de mercado. Empero, cuando el precio no resulte en valor de mercado las autoridades fiscales deberán apearse siempre a este principio y verificar que las circunstancias extraordinarias realmente lo son y que no hubo pretensión de evadir la obligación impositiva.

Para aplicar el Principio de Valor de Mercado se debe realizar:

1. Un análisis de comparabilidad: Este principio está basado esencialmente en la comparabilidad por lo que es necesario encontrar empresas u operaciones comparables a la parte analizada para su aplicación.

Factores que determinan la Coparabilidad:

- *Características de bienes y servicios.* Las diferencias en las características específicas están dadas, al menos en parte, por las diferencias del valor en el libre mercado.
- *Las funciones que realizan las empresas<sup>4</sup>.* Es necesario un análisis funcional que identifica las actividades significativas de los contribuyentes en transacciones controladas y no controladas para determinar las operaciones que desarrolla cada una de las partes involucradas así como de los recursos relacionados y empleados por los contribuyentes en cada operación y que riesgos incurren cada una de ellas.
- *Cláusulas contractuales.* Estas cláusulas definen en general, explícitamente o implícitamente, las modalidades de deslindar responsabilidades de riesgos y

<sup>3</sup>Este término se explicará ampliamente en un capítulo posterior.

<sup>4</sup>Ver análisis funcional en el Capítulo de Determinación de una Regalía en Valor de Mercado.

utilidades entre las partes. la forma de compensación cobrada o pagada; el volumen de ventas o compras; el alcance y los términos de las garantías ofrecidas; los derechos a actualizaciones, revisiones o modificaciones; la duración de la licencia, el contrato y otros convenios pertinentes y derechos de determinación o renegociación, transacciones colaterales o relaciones comerciales continuas entre el comprador y el vendedor, incluyendo acuerdos para la prestación de servicios auxiliares o subsidiarios; y la extinción del crédito y las condiciones de pago. Así, por ejemplo, si el plazo para el pago de una cantidad cobrada en una transacción controlada difiere del plazo de pago de una cantidad cobrada en una transacción no controlada, debe hacerse un ajuste para reflejar las diferencias en las condiciones de pago, si tal diferencia tuviese un efecto sobre el precio.

- *Circunstancias económicas.* Condiciones significativas que podrían afectar los precios que se cobrarían o pagarían o la utilidad que sería generada en cada una de las transacciones. Estas condiciones pueden ser: la similitud de mercados geográficos; el tamaño relativo de cada mercado y el grado de desarrollo económico total en cada mercado; el nivel de comercialización (por ejemplo mayoreo o menudeo); la participación relevante en el mercado de los productos; los bienes o los servicios transferidos o prestados; los costos específicos de ubicación de los factores de producción y distribución; el grado de competencia en cada mercado con respecto a los bienes o servicios sujetos a revisión; la condición económica de la industria en particular, incluyendo el hecho de que el mercado se encuentre en contracción o expansión; y las opciones realmente disponibles para el comprador o el vendedor.
  - *Estrategias de las empresas.* Los precios y las utilidades pueden variar a corto plazo según operaciones y según los contribuyentes en función de las estrategias adoptadas por los contribuyentes involucrados.
2. *Reconocimiento de las Transacciones Realmente Efectuadas.* Verificar la naturaleza de la transacción y la forma en que ha sido estructurada (regalías donde no las hay, préstamos donde realmente es un abono de capital); arreglos diferentes a los que habrían adoptado empresas independientes.
  3. *Evaluación de Transacciones Combinadas o Separadas.* Será necesario discriminar aquellas operaciones que se pueden valorar por separado, lo que sería más conveniente, de las que se valorarán en su conjunto.
  4. *Utilización de un intervalo en valor de mercado.* Un método puede arrojar un margen de cifras o bien cuando se utilizan varios métodos, es posible obtener un margen, en el cual se deberá situar nuestro precio analizado.
  5. *Utilización de datos de Varios años.* Un análisis de información anterior puede dar información para entender la tendencia de los precios de los diferentes productos y por lo tanto justificar las utilidades de la empresa o del grupo. Es también importante en caso de pérdidas, ya que será necesario conocer el comportamiento de la empresa y de la industria para justificar dichas pérdidas.
  6. *Pérdidas.* La administración fiscal puede dudar cuando el contribuyente de un grupo reporta pérdidas constantemente, aunque en realidad puede ser posible dependiendo de las circunstancias.
  7. *Efecto de Políticas Gubernamentales.* Circunstancias de este tipo pueden afectar considerablemente la utilidad, especialmente cuando existen retenciones en los pagos al extranjero
  8. *Compensaciones Intencionales.* Esto sucede cuando dos empresas relacionadas se prestan servicios un a la otra de tal forma que estas quedan compensadas sin la

- necesidad de un pago extra. Aquí se deberán evaluar por separado cada servicio para que se pueden considerar que realmente ha habido una compensación equitativa.
9. Utilización de Valuaciones Aduanales. Auxiliarse de las valuaciones aduanales son útiles para determinar el precio verdadero, de hecho la administración fiscal y la aduanal deberían estar en contacto para cruce de información
  10. Utilización de Métodos de Fijación de Precios de Transferencia. Estos métodos determinaran el precio al cual se debe o debió pactarse una operación.

Cada uno de estos factores requiere de un análisis individual que refleje la forma de como afecta esta similitud. Para la determinación del grado de similitud entre operaciones controladas y no controladas entre estos factores además se deben comparar:

*Los riesgos de la operación:* riesgos significativos que podrían afectar los precios que serían cobrados o pagados y la utilidad que sería generada en las dos transacciones.

*Bienes o servicios.* Esta comparación puede incluir cualquier intangible que se encuentre involucrado en los bienes o servicios tangibles que se transfieren.

## CAPÍTULO III PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Como se ha mencionado en capítulos anteriores el Pago de Regalías, por su naturaleza, está reglamentado por la leyes fiscales en Precios de Transferencia de las diferentes legislaciones de los países miembros de la OCDE. Es por esto, que para la determinación del Pago de Regalías es necesaria la amplia comprensión y conocimiento de este tema.

El tema de precios de transferencia ha despertado gran interés en las autoridades mexicanas, principalmente por el significativo incremento en el ingreso del estado vía impuestos. Este interés se ve reflejado en las recientes modificaciones a los Artículos<sup>1</sup> 64, 64-A y 65 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta que normatiza a los contribuyentes que se encuentran dentro del supuesto de vinculación, es decir, que comparten intereses aparte de los que pueden ser la simple venta, compra, transferencia de un bien o prestación de un servicio, tales como acciones, economía, clientes, financiamiento, mercado, prestigio, etc., y que pueden estar integrados como sociedades, corporaciones, grupos multinacionales, u otro. Y que por este motivo de vinculación los contribuyentes deberán demostrar que sus operaciones, en ningún momento, tengan que ser sujetas a ajustes en el pago del impuesto sobre la renta por prácticas, intencionadas o no, de posible evasión fiscal.

### 3.1. Definición

*El precio de transferencia es un procedimiento creado para el control de las operaciones realizadas entre dos o más empresas, con o sin residencia impositiva en un mismo país, con el propósito de supervisar que las operaciones realizadas entre dichas empresas se apeguen a la realidad, y evitar con esto prácticas de especulación que resultan en beneficios fiscales.*

A continuación se presentan diferentes definiciones, de autores que se han dedicado a este tema tan novedoso:

*Def. 1. Precios de transferencia<sup>2</sup>:*

En términos generales debemos entender como Precio de Transferencia, todos aquellos lineamientos que van orientados a evitar, que por actos de naturaleza comercial o contractual se provoquen efectos nocivos en el país donde se generan las utilidades o pérdidas en una actividad empresarial o de servicios.

*Def. 2 Precios de Transferencia<sup>3</sup>*

Valor pecuniario que se asigna a cualquier transacción de bienes o prestación de servicios realizada entre dos a más empresas o personas físicas o combinaciones entre éstas, que pueden ser relacionadas o no, con o sin residencia impositiva en un mismo país, mediante la cual una de estas cede o renuncia en la otra el derecho, dominio o atribución que la primera tenía sobre los mismos.

<sup>1</sup>Estos artículos se presentan al final de este capítulo. Ver también "Ley Federal del Impuesto sobre la Renta 1997".

<sup>2</sup>Precios de Transferencia sus efectos fiscales. Herbert Bettinger Barrios. Quinta ed. Méx. 1997.

<sup>3</sup>Tesis: Introducción a los Precios de Transferencia. Carlos Aguirre Lince. Universidad Panamericana. Méx. 1995.

### Def 3 Precios de Transferencia<sup>4</sup>

Cotizaciones de bienes y servicios entre partes no relacionadas, es decir son precios de bienes y servicios iguales en circunstancias similares, establecidos por compañías independientes.

El concepto de precio de transferencia es una figura impositiva, novedosa y de recién inclusión en nuestra legislación fiscal, y dada su importancia es un término que llegará a ser común para la contabilidad de las empresas.

### 3.2. Sujetos del Precio de Transferencia

El procedimiento de precios de transferencia en nuestra ley se aplica a las personas morales residente en el país, a las personas morales residentes en el extranjero, a las personas físicas, a los establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, así como a las bases fijas y a los fideicomisos, cuando se trate de partes relacionadas.

Para que sean considerados los sujetos pasivos mencionados arriba, dentro de los supuestos establecidos en el artículo 64-A de la Ley del ISR, deberán llevar acabo actos relacionados es decir, que entre los que participen, se reflejen intereses comunes en la operación que generen vinculación.

### 3.3. Operaciones Sujetas al Precio de Transferencia

Las siguiente operaciones se encuentran sujetas a ser verificadas por lo procedimientos de precios de transferencia que aprueba nuestra legislación:

1. *Las de financiamiento*: se debe tomar en cuenta el monto del crédito principal, el plazo, las garantías, la solvencia del deudor y la tasas de interés. Además estas operaciones deben llevarse a cabo entre partes relacionadas.
2. *Las de prestación de servicios*: Es importante tomar en cuenta si el servicio involucra o no, una experiencia o conocimiento técnico o, si el precio es o no proporcional al beneficio obtenido. Y muy importante, que el servicio debe ir de acuerdo al giro del contribuyente.
3. *Las de uso, goce o enajenación de bienes tangibles*: se aplicará cuando la renta o el precio sea distinto al que se hubiera cobrado, por bienes tangibles idénticos o similares de transacciones independientes bajo condiciones idénticas o similares.
4. *Las de explotación o transmisión de un bien intangible*: el precio de transferencia y sus lineamientos se tomarán en cuenta cuando la suma total de los pagos o de las regalías cobradas en base a producción, ventas, utilidades u otras medidas, o el pago realizado por la concesión de licencia de patente o de registros recíprocos, sean distintos al que se habría obtenido por la concesión de explotación o transmisión de bienes idénticos o similares, en transacciones independientes con o entre partes sin intereses relacionados y bajo condiciones idénticas o similares.

Respecto al último inciso, si las partes comparten gastos y riesgos en el proyecto de desarrollo e investigación de ese bien, no se tomará en cuenta la suma total de pagos, sino

<sup>4</sup>Tesis: Precios de Transferencia. Carlos Navarrete Arjona. UNAM. Méx. 1995

el derecho o la propiedad que se hubiera adquirido sobre el bien intangible. En este caso, sólo se debe considerar la parte que exceda al monto que se pagó para compartir el gasto o el riesgo en el desarrollo del proyecto.

### 3.4. Determinación del Precio de Transferencia

El propósito de la configuración de un precio de transferencia es la de que los sujetos pasivos declaren la totalidad de sus ingresos obtenidos en sus transacciones controladas y no controladas, con lo que se podrá prevenir la abstención del pago del impuesto sobre la renta.

En la determinación del precio de transferencia la regla general aplicable es la de igualdad o equidad "*Principio de Valor de Mercado*".

Las autoridades para poder intervenir en las utilidades fiscales de un contribuyente que actúa como *parte relacionada* en una transacción deberán contar con un conocimiento amplio del comportamiento comercial y de servicios, así como de los elementos necesarios producto de un análisis de los mercados nacionales e internacionales sobre operaciones entre terceros.

Consistente con la amplia definición de "partes relacionadas" aplicada por las autoridades de EE.UU. y la OCDE, el término ha sido definido como *partes las cuales están directamente o indirectamente manejadas, controladas o son propiedad de la misma parte o grupo de partes. Si una parte participa directa o indirectamente, en la administración manejo, control o financiamiento de la otra parte, tales partes pueden ser consideradas con partes relacionadas.*

Los factores más importantes son aquellos orientados a determinar el parámetro adecuado en los precios corrientes, y el costo, al que siempre se recurre para conocer el precio de transferencia.

Los ejecutores principales para determinar estos precios de transferencia son los economistas, los contadores y finalmente los abogados. Estos últimos son los encargados de vigilar e interpretar las leyes para que sean aplicadas conforme a derecho para cumplir con la legislación local y la legislación de otros países involucrados.

El contador desempeña una labor determinante, ya que es quien configura los costos de la operación, debiendo tomar en cuenta los datos económicos que deben ser proporcionados por quién esté a cargo de este análisis. En caso de conflicto el contador emite su certificación como prueba plena, la que se valora y aporta para la defensa del contribuyente.

El economista también es parte fundamental en la configuración del precio de transferencia quién debe tomar en cuenta la característica social, política y económica, en los países en donde se desarrollen las operaciones, ya sean idénticas o similares a las que se efectúa en nuestro país.

En la actualidad la complejidad alcanzada por los diferentes mercados y sus interrelaciones, es necesario del auxilio de expertos especialmente en el campos de las finanzas, de la probabilidad y de la estadística, quienes aportan herramientas determinantes para la correcta interpretación y pronóstico de los diferentes entornos.

Otro aspecto importante de tomar en cuenta es la inflación, observando su impacto en las condiciones que se reflejan en los estados financieros del contribuyente.

Reunidos los elementos anteriores es posible determinar, tanto para la autoridad como para el sujeto pasivo, el precio que surge del análisis de las operaciones llevadas a cabo entre partes relacionadas y partes no vinculadas. Este *precio* al configurarse recibe el calificativo de *transferencia*.

Así, el "*precio de transferencia*" es el que resulta del análisis y de la valoración de las pruebas que se aportaron y se instrumentaron a través de la participación de expertos contables y económicos. En el caso de la determinación del costo, además de las pruebas que los especialistas aporten, no se debe olvidar que en nuestra legislación se deberán tomar en cuenta a los principios contables generalmente aceptados.

Ahora, Para el cálculo de los precios de transferencia, las autoridades fiscales mexicanas utilizarán los métodos que se mencionan a continuación y que posteriormente se describirán<sup>5</sup>. Por sus características se dividen en dos grupos:

*Los basados en transacciones comparables:*

- I. Precio Comparable no controlado (CUP)<sup>6</sup>
- II. Precio de reventa (RPM)
- III. Costo adicionado (CP)

*y los basados en utilidades de compañías comparables:*

- IV. Partición de utilidades (PSM)
- V. Residual de Partición de utilidades (RPSM)
- VI. Márgenes transaccionales de utilidad de operación (TNMM).

Existen otros métodos, entre ellos los considerados en los reglamentos de la OCDE, así como los de otras legislaciones como la estadounidense cuya influencia es de gran importancia. En nuestra legislación, el contribuyente podrá aplicar otros métodos siempre y cuando los resultados sean congruentes con los resultados obtenidos con los métodos aceptados por la Ley del ISR. En la lista anterior se puede agregar un séptimo método que sería el de los Métodos Estadísticos.

Si uno o más métodos producen resultados distintos, se aplicará la *regla del mejor método* para elegir el que proporcione el resultado más confiable.

### 3.4.1. Regla del Mejor Método

Para el cálculo en el precio de transferencia es necesario respetar la "*Regla del mejor Método*", es decir, que se debe elegir el método más apropiado. No hay ninguna prioridad de un método sobre otro. Un resultado puede determinarse de acuerdo con cualquier método sin establecer inaplicabilidad de otro, sin embargo si un método después proporciona un resultado más confiable debe aplicarse ese método. Si dos o más aplicaciones de un mismo método producen resultados distintos, el resultado de igualdad debe determinarse según la aplicación que, de acuerdo con los hechos y las circunstancias, proporcionen la medida más confiable para un resultado de igualdad.

Los dos factores principales para determinar que método seleccionar son:

- El *grado de similitud* entre la transacción controlada (o contribuyente controlado) y no controlada. A medida que aumenta la similitud se reduce el número y el grado de las diferencias potenciales que podrían provocar un resultado erróneo. Además se hacen

<sup>5</sup>Ver Contexto Nacional al final de este capítulo. Ver Capítulo I y Anexo II.

<sup>6</sup>Entre paréntesis se da la abreviación utilizada en el idioma inglés.

ajustes para aumentar el grado de similitud, por lo que la magnitud y confiabilidad de tales ajustes afectarán la confiabilidad de los resultados.

- *La calidad de los datos y suposiciones hechas en el análisis.* La confiabilidad dependerá de la solidez de estas suposiciones. Las deficiencias en los datos y suposiciones pueden tener un efecto mayor en un método que en otro.

Además puede resultar pertinente considerar si los resultados de un análisis son congruentes con los obtenidos con otro método.

No todos los métodos son aplicables a todas las circunstancias por lo que es posible valerse de diferentes procedimientos, siempre y cuando el resultado obtenido respete el *principio de valor de mercado*, tal y como lo marcan los lineamientos de la OCDE.

### 3.4.2. Sugerencias Adicionales para la Determinación del Precio de Transferencia.

En el costo, hay que tomar en cuenta que los gravámenes que no son recuperables en una operación representan y forman parte de este costo. Por lo que el precio de transferencia se puede configurar cuando el costo se ve disminuido por efectos fiscales en un país que estimule la exportación a través del otorgamiento de subsidios totales o parciales.

Se debe tener cuidado en operaciones de exportación con países con los que se tiene un tratado de libre comercio y con los países que no se tiene. Cuando se han eliminado las barreras arancelarias el precio disminuye y se crea un ámbito de mejor competencia. Pero esta disminución, producto de la no causación de aranceles, es susceptible para la configuración del precio de transferencia, ya que en términos generales refleja un *subsidio tributario*.

Para evitar lo anterior, las empresas residentes que adquieran insumos de productos con países con convenios arancelarios preferentes y a su vez éstos en forma agregada a un producto final se exporten desde este último país a otro no relacionado sin convenios económicos, se deberá tener especial cuidado en la forma de contabilizar los costos de adquisición, los que deberán en su caso, soportar la prueba de identificación universal y comparativa con otras transacciones internacionales.

Una vez configurado el precio de transferencia, debe evitarse que se propicie una doble tributación<sup>7</sup> en la misma base, ya que en un principio el contribuyente ha reflejado para el cumplimiento fiscal el precio de los bienes y servicios que a su juicio es el correcto y mismo que se deberá determinar bajo los principios de la Ley del ISR.

Al configurarse el precio de transferencia se modifica la utilidad o pérdida fiscal además provoca un ajuste impositivo en el sujeto vinculado a la operación por la que se determina este precio, ya que bajo el principio de simetría fiscal se tendrá el derecho de ajustar los valores resultantes de la aplicación de los lineamientos que respecto al presente se contempla en la Ley del ISR de México.

<sup>7</sup>Como doble tributación en la misma base, se debe entender que el contribuyente deberá corregir la utilidad fiscal generada a través de los ingresos acumulables y producto del precio de transferencia, debiendo cubrir una cantidad mayor del impuesto del que ya había pagado. El primer entero y su complemento de no configurarse en forma adecuada, propician esta doble tributación

### 3.5.Contexto Nacional<sup>8</sup>

La nueva ley ahora proporciona lo necesario para el uso de los métodos basados en utilidades. Este es quizá el cambio más importante ya que hace a las leyes completamente compatibles a los lineamientos de la OCDE. No obstante no hay distinción en la aplicación de los métodos en la transferencia de propiedad tangible o intangible, la ley ahora adopta todos los métodos internacionales aceptados para evaluar si las transacciones intercompañía se encuentran en los estándares del principio de valor de mercado.

Un dato interesante en las nuevas leyes, es que para el método de partición de utilidades México adopta dos variantes. Diferente a la forma americana el cual es prácticamente imposible aplicar debido a la gran cantidad de datos no controlados que es necesario para su aplicación, las leyes mexicanas adoptan las más manejables y practicas variantes de este método. El método de partición de utilidades pretende colocar o distribuir la utilidad o pérdida operativa combinada de una actividad comercial, basada en el valor relativo de la contribución de cada una de las partes a la ganancia o pérdida combinada. Las autoridades mexicanas decidieron adoptar este útil método.

Hay varias observaciones que valen la pena mencionar en relación a la aplicación de los Métodos de Precios de Transferencia. Los métodos especificados en el artículo 65 son los únicos métodos que las autoridades fiscales pueden aplicar. Diferente a las regulaciones de EE.UU. o de los lineamientos de la OCDE, las leyes mexicanas no describen la manera en la cual estos método deberían ser aplicados. Así, la ley actual no provee de lineamientos a los contribuyentes con respecto a los siguientes aspectos:

- ⇒Las bases para seleccionar el método
- ⇒El tipo de datos para ser usados como las bases para aplicar cada método, y
- ⇒El uso de medidas para incrementar la confianza (uso de ajustes y datos de varios años) entre otros.

#### 3.5.1. Requisitos de Documentación Contemporánea

Otro crítico cambio es la nueva documentación contemporánea requerida para todos los contribuyentes con significantes transacciones intercompañías. Estos requerimientos aplican a todos los contribuyentes quienes, durante el año fiscal anterior, obtuvieron ingresos gravables por más de aproximadamente 8.9 millones de pesos<sup>9</sup>. Esta nueva obligación, requiere que los contribuyentes tengan la documentación para demostrar que los ingresos y deducciones, resultado de todas las transacciones intercompañías, son consistentes con los montos que se obtendrían en transacciones con partes no relacionadas bajo condiciones similares. La documentación requerida está compuesta de los siguientes elementos:

- Información general: tal como el nombre de la compañía, dirección, cédula fiscal, nombre de las partes relacionadas y una descripción de la estructura de los propietarios cubriendo todas las partes relacionadas encargadas de transacciones de relevancia potencial incluyendo filiales extranjeras cuyas transacciones directas o indirectas afectan el precio de la propiedad o servicio en México.

<sup>8</sup>Ver capítulo I Antecedentes. Ver Anexo II.

<sup>9</sup>Para una mayor precisión es necesario referirse a la Ley del Impuesto sobre la Renta y ver las actualizaciones hechas al respecto.

- Una revisión general del negocio del contribuyente que incluya un análisis de los factores económicos que afectan la valuación de su propiedad o servicios, tales como una descripción de las funciones desempeñadas, los activos utilizados y el riesgo asumido por el contribuyente.
- Una descripción de los métodos seleccionados, una explicación del por que este método fue seleccionado y una descripción de los comparables que fueron utilizados, como la comparabilidad fue evaluada, y cuales ajustes, si los hubiera, fueron hechos.

### 3.5.2. Acuerdos de Precios Anticipados (APAs)

Finalmente, se introducen en la ley, los Acuerdos de Precios Anticipados (APAs) como una alternativa legal. Estos acuerdos pueden emitirse como reglamentos unilaterales o como parte de arreglos multilaterales. Los acuerdos de precios anticipados (APAs) pueden ser utilizados en el año en curso y para los próximos cuatro años. Es válido requerir y presentar información de cuatro años anteriores. La inclusión de APAs puede estar condicionada a requerimientos de información que no ha sido especificada anteriormente.

## CAPÍTULO IV PROPIEDAD INTANGIBLE

Actualmente los intangibles registran el valor más alto pagado en fusiones y adquisiciones internacionales. El pago de regalías, hoy día principalmente, se realiza en la propiedad intangible y la primacía económica así como el mercado será de quienes controlen los bienes intangibles.

Los intangibles pueden ser las marcas registradas, la razón social, las patentes, know-how<sup>1</sup>, cartera de clientes, reputación comercial, etc. Las cuestiones de donde los intangibles deberían ser desarrollados, el régimen legal en el cual estos son desarrollados (costos compartidos *Vs.* Concesión), la transferencia de activos intangibles de una jurisdicción hacia otra y la valuación de intangibles serán el área clave dentro de precios de transferencia.

### 4.1. Definición de Propiedad Intangible

Los lineamientos<sup>2</sup> de la OCDE contienen una definición general consistente de propiedad intangible. Estos lineamientos, como se verá a continuación, hacen una distinción entre los intangibles de mercado y los intangibles de mercadeo. Pero, para determinar la remuneración apropiada para el uso o transferencia de un intangible, la OCDE no hace distinción entre los intangibles de mercado y los de mercadeo.

Para propósitos de este inciso y en base a los lineamientos de la OCDE el término "Propiedad intangible" es el *derecho de utilizar activos industriales tales como patentes, marcas registradas, razones sociales, diseños o modelos.*

Esto también incluye derechos de propiedad en obras literarias y artísticas, y propiedad intelectual tal como know-how y secretos profesionales o de procesos industriales. Estos intangibles son activos que pueden tener un valor considerable aunque estos pueden no tener valor en libros en las hojas de balance de la compañía. Pueden haber riesgos considerables asociados con ellos (ejemplos, obligaciones con contratos o productos y daños al medio ambiente).

Para propósitos de la sección 482 del Código<sup>3</sup> de Recaudación Interna de los Estados Unidos de Norteamérica, el término *intangible* se refiere a cualquier término incluido en una de las seis amplias categorías de propiedad especificadas en las normas, siempre y cuando el artículo tenga valor substancial independiente de los servicios de cualquier individuo. Estas categorías de propiedad incluyen:

- ◆ Patentes, inventos, fórmulas, procesos, diseños, modelos, o know-how;
- ◆ Derechos de autor y composiciones literarias, musicales o artísticas;
- ◆ Marcas registradas, razones sociales, o nombres de marca;
- ◆ Franquicias, licencias, o contratos.
- ◆ Métodos, programas, sistemas, procedimientos, campañas, entrevistas, estudios, pronósticos, estimaciones, lista de clientes, información técnica; y

<sup>1</sup>Término en inglés que indica experiencia práctica, habilidad o conocimiento técnico.

<sup>2</sup>Ver lineamientos de la OCDE.

<sup>3</sup>Líder en la elaboración de reglamentos referentes a Precios de Transferencia.

- ◆ Cualquier artículo similar que su valor deriva de su contenido intelectual más que de sus atributos físicos<sup>4</sup>.

## 4.2. Derechos Transferibles

Es difícil determinar que derechos pueden ser transferidos como propiedad intangible

Los lineamientos de la OCDE explícitamente no limitan la definición de propiedad intangible para los derechos transferibles, cosa que si hace la sección 482 estadounidense, debido a lo confuso que resulta la transmisión de derechos transferibles comercialmente en la propiedad, y concluye que: “si la propiedad no era transferible comercialmente, entonces esta no podría ser transferida en una transacción controlada”. Sin embargo lo que hacen los lineamientos OCDE es “concentrarse en *el derecho de negociación, que es propiedad intangible asociada con actividades comerciales*<sup>5</sup>”.

## 4.3. Tipos de intangibles

### 4.3.1. Intangibles comerciales

*Intangibles de mercadeo* incluyen marcas registradas y razones sociales que ayudan en la explotación comercial de un producto o servicio, listas de clientes, canales de distribución, y nombres únicos, símbolos o imágenes que tienen un valor promocional importante para el producto concerniente. Algunos intangibles de mercadeo (ejemplo, marcas registradas) pueden ser protegidos por la ley del país interesado, y usarlo solamente con la autorización del propietario para los productos o servicios relevantes. El valor de los intangibles de mercadeo depende de muchos factores, incluyendo: la reputación y credibilidad de la marca o razón social apoyado por la calidad de los bienes y servicios suministrados bajo el nombre o la marca en el pasado, el grado de control de calidad e investigación y desarrollo, distribución y disponibilidad de los bienes y servicios que se comercializan, el alcance y éxito de los gastos promocionales incurridos con el fin de familiarizar a los clientes potenciales con los bienes o servicios (en particular gastos incurridos de publicidad y mercadeo con el fin de desarrollar una red de relaciones de soporte con distribuidores, agentes, u otras agencias que faciliten el trabajo), el valor del mercado para el cual los intangibles de mercadeo proporcionará acceso, y la naturaleza de cualquier derecho creado en el intangible bajo la ley.

Las actividades de mercadotecnia o comercialización pueden abarcar un amplio rango de actividades comerciales, tales como la investigación del mercado, diseño o planeación de productos apropiados para las necesidades del mercado, estrategias de ventas, relaciones públicas, ventas, servicios, y control de calidad. Algunas de estas actividades pueden no tener un impacto más allá del año en que fueron desempeñadas, y así podrían propiamente ser tratadas como gastos corrientes y no como gastos capitalizables. Otras actividades pueden tener efectos a corto y largo plazo. El tratamiento de tales actividades es propiamente importante en un análisis funcional, llevado acabo con el fin de establecer la

<sup>4</sup>Ver Regs. 1.482-4(b) y Regs. 1.482-4T(b) Internal Revenue Code.

<sup>5</sup>Ver lineamientos de la OCDE, 6.2

comparabilidad para propósitos de precios de transferencia. En algunos casos, los costos de actividades de mercadotecnia y con respecto a actividades de comercio, los gastos de investigación y desarrollo pueden ser destinados a recuperarse a través del cargo de bienes y servicios asociados, puesto que en otros casos pudo haberse creado propiedad intangible en la cual una regalía sería cargada por separado, o una combinación de las dos.

Los intangibles comerciales que no son intangibles de mercadeo se les refiere como:

*Intangibles de Mercado:* los intangibles de mercado generalmente son creados a través de actividades de costo y riesgo en investigación y desarrollo, y quien lo desarrolla generalmente trata de recuperar los gastos en estas actividades y obtener un rendimiento producto de ventas, de contratos por servicios, o acuerdos por derecho de uso. En general, incluyen patentes, know-how, secretos de procesos industriales o profesionales y modelos que son utilizados para la producción de un bien o la provisión de un servicio, también hay intangibles que por si solos son activos negociables transferidos a clientes o utilizados en la operación del negocio (ejemplo, software de computadora).

El know-how<sup>6</sup> y los secretos de procesos industriales o profesionales son información de propiedad exclusiva o son conocimientos que asisten o mejoran una actividad comercial, pero eso no se registra para protección en la manera de un patente o marca registrada

De esta manera el know-how puede incluir procesos o fórmulas secretas o información secreta referente a la industria, experiencia comercial o científica que no está cubierta por patente. Cualquier divulgación de know-how o secreto de procesos industriales o profesionales, puede reducir considerablemente el valor de la propiedad. El know-how y estos secretos frecuentemente juegan un significativo papel en las actividades comerciales de los grupos multinacionales.

#### 4.3.1.1. Ejemplos de patentes y marcas registradas

La diferencia entre intangibles de mercado (trade) e intangibles de mercadeo (marketing) puede ser vista en una comparación de patentes y marcas registradas. Las patentes se refieren básicamente a la producción de bienes (los cuales pueden ser vendidos o usados en conexión con la provisión de servicios) mientras que las marcas son usadas para promocionar las ventas de bienes o servicios. Una patente da un derecho exclusivo a su dueño para usar una invento dado por un periodo limitado de tiempo. Una marca registrada puede continuar indefinidamente; su protección desaparecerá solamente bajo circunstancias especiales (la renuncia voluntaria, no renovar en su debido tiempo, cancelación o anulación debida a una decisión judicial, etc.). Una marca registrada es un nombre, símbolo o figura única que el dueño o concesionario puede usar para identificar productos o servicios especiales de un fabricante en particular o distribuidor y, como corolario, para prohibir su uso por otras partes para propósitos similares bajo la protección de la ley doméstica e internacional. Las marcas registradas pueden conferir un valioso estatus en el mercado en los bienes o servicios para los cuales están designados, en todo caso estos bienes o servicios

<sup>6</sup>El término know-how es quizá un concepto menos preciso, el tratado multilateral del modelo fiscal de la OCDE da la siguiente definición:

*know-how* es toda la información técnica no divulgada, ya sea posible de ser patentada o no, que es necesaria para la reproducción industrial de un producto o proceso, directamente y bajo las mismas condiciones; el know-how representa lo que un fabricante no puede conocer por mera examinación del producto y conocimiento del proceso técnico.

Párrafo 11, comentario del artículo 12 del Tratado Multilateral del Modelo Fiscal de la OCDE

de otra manera son únicos. Las patentes pueden crear un monopolio en ciertos productos o servicios mientras que las marcas por si solas no, debido a que los competidores pueden ser capaces de vender el mismo producto o un similar en cuanto utilicen signos distintivos diferentes.

Las patentes generalmente son el resultado del costo y riesgo de investigación y desarrollo y quien desarrolla tratará de recobrar su costos (y ganar un rendimiento) a través de la venta de productos cubiertos por la patente, dando autorización a otros de usar la invención (generalmente un producto o proceso), o por la venta directa de la patente. La creación legal de una nueva marca (o la introducción a un nuevo mercado) generalmente no es situación costosa. En contraste, frecuentemente es costoso darle a un producto valor y asegurar que este valor se mantenga o se incremente. Ordinariamente serán necesarias una campaña publicitaria intensiva y costosa y otras actividades de mercadeo, como también gastos en el control de calidad del producto. El valor y cualquier cambio dependerá hasta cierto punto en que tan efectiva la marca es promovida en los mercados en los que se ha utilizado. El valor también dependerá en la reputación del propietario por la calidad en producción y rendimiento de servicios y en que también esta reputación es mantenida. En ciertos casos, el valor para quien otorga la licencia incrementa como resultado de esfuerzos y gastos del concesionario. En algunos casos las patentes, debido a su sobresaliente calidad, pueden también tener un fuerte efecto de comercialización similar al de una marca pura, y los pagos por el derecho de usarlos puede ser que tengan que ser vistos de la misma manera que los pagos efectuados por el derecho de uso de marcas.

Las marcas registradas pueden establecerse para bienes, ya sea para productos específicos o para una línea de productos. Estas son quizá más familiares a un nivel de mercado del consumidor, pero probablemente ellas se encontrarán en todos los niveles del mercado. Las marcas registradas también pueden ser adquiridas para servicios. Una razón social (generalmente el nombre de una empresa) puede tener la misma fuerza de penetración que la marca registrada o de fábrica y puede ciertamente ser registrada en alguna forma específica como una marca registrada. Los nombres de ciertas empresas multinacionales en industrias farmacéuticas o electrónicas, por ejemplo, tienen un valor de promoción de ventas excelente. Los nombre de personas bien conocidas, diseñadores, figuras deportivas, actores, gente trabajando en el negocio de actuación, etc., pueden también estar asociadas con razones sociales y marcas registradas, y han sido generalmente instrumentos de mercado muy exitosos.

Una marca registrada puede ser vendida, autorizada, o de otra manera transferida por una persona a otra. Varios tipos de contratos de licencia son efectuados en la practica. A un distribuidor podría permitírsele usar una marca registrada sin ningún acuerdo bajo licencia para así vender productos fabricados por el dueño de la marca registra, pero el conceder una licencia de marca también ha llegado a ser una práctica común, particularmente en el comercio internacional. Así, el dueño de una marca puede garantizar una licencia de uso de marca a otra empresa para usarla en bienes que esta última produce o compra de otras fuentes (o de quien otorga la licencia, es decir, donde los bienes o componentes son genéricamente adquiridos en una transacción separada sin una marca). Los términos y condiciones de acuerdos de licencia pueden variar hasta un punto considerable.

Algunas veces es difícil hacer una distinción incisiva entre el ingreso de intangibles de mercado e intangibles de mercadeo. Por ejemplo, en la industria de investigación orientada, la marca y la razón social son componentes vitales en asegurar un suficiente ingreso que recompense la investigación anterior y emprender nuevos proyectos, particularmente en

patentes que son de tiempo limitado. Crear confianza en la marca de venta y reconocimiento en la marca registrada es por lo tanto de vital importancia para asegurar que el producto continúe siendo comercialmente viable después de que la patente expire o aun en casos donde ninguna patente fue desarrollada.

#### 4.3.2. Atributos corporativos de "empresa en marcha".

Este tipo de intangibles pueden ser:

- i. La existencia de una estructura de grupo afiliado
- ii. Un mecanismo de fijación de precios entre compañías afiliadas, y
- iii. Un proceso de planeación de ampliar el grupo

Este tipo de atributos corporativos comunes, ordinariamente no representan derechos transferibles comercialmente, que podrían ser valuados por partes no relacionadas, excepto en el contexto de la adquisición y venta de todo un negocio, y por consiguiente para propósitos de la 482 estos no deben constituir una propiedad intangible.

Sin embargo hoy permanece en discusión, especialmente en los EE.UU., ya que ni el IRS ni la corte estadounidense, debido a los casos que han estado en disputa en relación a este tipo de intangibles, han sido capaz de asignar un valor discreto a este tipo de intangible, ni tampoco explicar como su existencia puede afectar un precio en valor de mercado.

#### 4.3.3. Transferencia de empleados

El conocimiento que un individuo posee, sin importar que tan talentoso este individuo pueda ser, no puede ser vendido, arrendado, autorizado bajo licencia, o de otra forma transferido en una transacción comercial. Por consiguiente, bajo las regulaciones temporales la transferencia de un *contrato de empleo* puede ser sujeta a escrutinio bajo la 482, pero no así la transferencia de un empleado, no obstante el hecho que el empleado puede tener conocimiento valioso y experiencia, ganados ambos en el trabajo que desempeñaba para el cedente. Un empresario tiene legalmente derechos protegidos en un contrato de trabajo, y estos derechos pueden ser transferidos en una transacción comercial en canje por compensación de valor igual. El empresario no tiene derechos similares sobre el empleado.

En algunas circunstancias, los contribuyentes han intentado cambiar grandes sumas de ingresos a filiales establecidas en paraísos fiscales mediante "préstamos" de algunos empleados clave a una filial que opera en un paraíso fiscal. Al prestar empleados, la compañía matriz puede simultáneamente dar servicios y transferir intangible valiosos en know-how.

"La transferencia de un empleado debe distinguirse de la prestación de servicios de ese empleado. Si un empleado de un miembro de un grupo controlado presta servicios para el beneficio de otro miembro del grupo, el segundo miembro debe compensar al primer miembro en una cantidad en valor de mercado por el valor de los servicios desempeñados por el empleado<sup>7</sup>. El conocimiento y experiencia general de un empleado debe también distinguirse de la transferencia de una fórmula secreta específica u otro intangible del cual el empleado tiene conocimiento<sup>8</sup>". Por ejemplo, un equipo deportivo tiene un derecho legalmente protegido en un contrato con un atleta. Este contrato puede ser transferido a otro equipo a intercambio como compensación. El atleta, sin embargo, no puede ser transferido

<sup>7</sup>Ver Regs. 1.482-2(b); *Merk & Co. Inc., Hospital Corp. of America v. Comr.*, y *Young & Rubicam Inc. v. U.S...*

<sup>8</sup>Ver la discusión de "Intangibles Integrados" descritos más adelante.

similarmente, y el o ella pueden escoger retener sus servicios. Además, un atleta que no está bajo contrato en cualquier equipo es un "agente libre" y no puede ser transferido por cualquier equipo a cualquier otro equipo. Sin un contrato de trabajo, un empleado de una corporación multinacional es como un atleta en calidad de agente libre que no puede ser transferido como compensación a otra corporación<sup>9</sup>.

#### 4.3.4. Intangibles Rutinarios y No Rutinarios

Es improbable que cualquier operación de fabricación sea tan simple que no involucre el uso de algunos intangibles. Una filial encargada de fabricar puede emplear una fuerza laboral experimentada, y los esfuerzos expandidos en reclutar y entrenar puede crear, al menos en algún grado, un tipo de intangible de empresa en marcha. Más aun, la experiencia del afiliado en producir los diseños de la matriz pueden llevar al desarrollo de algún grado de know-how. En general, las partes no relacionadas que desempeñan actividades similares poseerán este tipo de intangibles rutinarios.

EL Papel Blanco<sup>10</sup> contrastó tales "intangibles no rutinarios" con "un intangible que es de mayor importancia para la empresa, y el cual pocas partes no relacionadas poseen".

Al mantener el objetivo de proveer máxima flexibilidad en la aplicación del estándar del valor de mercado, EE.UU. ha eliminado todos los requerimientos o limitaciones contenidas en las regulaciones temporales relacionadas a la existencia de intangibles no rutinarios. Sin embargo, es de dudarse que estas eliminaciones tendrán un impacto significativo en la determinación de un resultado en valor de mercado.

#### 4.4. Propiedad de un Intangible

Las regulaciones para precio de transferencia prescriben ciertos métodos de fijación de precios que se aplican para probar el carácter de las prestaciones pagadas cuando ha habido una transferencia de un intangible dentro de un grupo controlado. Estos métodos de fijación de precios, sin embargo, no se aplican hasta que un miembro de un grupo controlado adquiere un derecho en un intangible de otro miembro del grupo que es el dueño del intangible<sup>11</sup>. Además, ordinariamente solamente un miembro de un grupo controlado deberá ser considerado el dueño de un intangible<sup>12</sup>. Finalmente, si un miembro de un grupo controlado asiste al dueño de un intangible para desarrollar ese intangible o acrecentar su valor, el dueño debe pagar al asistente una remuneración en valor de mercado<sup>13</sup>.

Estos conceptos se pueden resumir en las reglas siguientes:

*Regla 1:* El dueño de un intangible es el autorizado de todos los ingresos atribuibles a la explotación de ese intangible y debe encargarse de todos los gastos y riesgos

<sup>9</sup>El IRS todavía no ha actualizado las regulaciones de 1968 que aplican al suministro de servicios entre compañías afiliadas. Ver. Rgs. 1.482-2(b). Comentarios recientes de funcionarios estadounidenses sugieren que en cualquier revisión de estas regulaciones esa consideración se está dando para la transferencia de empleados.

<sup>10</sup>Traducción del término en inglés "The White Paper". Documento publicado por el IRS en 1988 sobre el estándar del ingreso conmensurado (Commensurate with Income Standard).

<sup>11</sup>Ver Rgs. 1.482-4(f)(3)(i). Las regulaciones de 1968 expresamente proveen que "ninguna asignación con respecto a un intangible ... deberá ser hecha ... hasta el momento tal que el intangible o cualquier derecho en ellos, se estima para ser transferido, vendido, prestado, o de otra forma hecho disponible en cualquier manera, a una parte relacionada." Rgs. 1968 1.482-2(d)(1)(ii)(a).

<sup>12</sup>Rgs. 1.482-4(f)(3)(ii)(b).

<sup>13</sup>Rgs. 1.482-4(f)(3)(iii).

relacionados al desarrollo, mejoramiento, o mantenimiento del valor del intangible.

*Regla 2:* El dueño puede transferir algunos o todos los derechos de explotación de un intangible, pero debe cargar una cantidad en valor de mercado para los derechos de transferencia. El cesionario de tales derechos de explotación está entonces autorizado a todo el ingreso atribuible a los derechos en el intangible que ha sido transferido y debe sufragar todos los gastos y riesgos relacionados al mantenimiento y/o mejoramiento del valor de esos derechos.

Antes de intentar aplicar uno o más de los métodos de fijación de precios especificados en las regulaciones para probar el carácter de valor de mercado de la retribución pagada por un intangible, claramente es importante establecer:

- i. Quien es el dueño del intangible para propósitos de las leyes fiscales locales, y
- ii. Si ha habido una transferencia real de el intangible de ese dueño a otro miembro del grupo controlado.

La falta de hacer esto frecuentemente ha causado confusión y controversia en los EE.UU. entre los contribuyentes y el IRS.

- La propiedad de un intangible puede establecerse bajo cualquiera de las cuatro pruebas siguientes:
  - Propiedad legal;
  - Propiedad económica
  - Propietario por acuerdo; o
  - Propiedad conforme a un acuerdo de costos compartidos

#### 4.4.1. Propiedad Legal

Las regulaciones estadounidense actuales contrastan con las anteriores<sup>14</sup>, proveen que si un intangible está legalmente protegido (ejemplo, patentes, marcas, derechos de autor) el "dueño legal" del derecho de explotación del intangible será considerado el dueño para propósitos de la 482. Este cambio tan significativo y radical de las regulaciones anteriores el IRS lo pensó necesario para que se refleje más de cerca en las regulaciones las relaciones que pueden esperarse que existan entre partes no relacionadas cuando los intangibles son transferidos, y así, ser más consistentes con el estándar del valor de mercado.

Este enfoque de propiedad legal es sorprendente y al menos bajo ciertas circunstancias no es consistente con la realidad económica en el contexto de transacciones entre partes relacionadas.

Al forzar la "propiedad fiscal" de un intangible para que actúe como "propiedad legal", se puede poner, sin necesidad, en conflicto la planeación fiscal y las estrategias condescendientes de una corporación multinacional con las estrategias legales diseñadas para proteger a los derechos de propiedad de las corporaciones en activos corporativos valiosos. Esto puede ser particularmente problemático con respecto al registro y propiedad de marcas y razones sociales. Muchas corporaciones creen que todas las marcas y razones sociales deben ser registradas en el nombre de la matriz de la corporación. Otras corporaciones creen que sus derechos de propiedad pueden ser mejor protegidos si el

<sup>14</sup> Todas las regulaciones estadounidenses anteriores, incluyendo las emitidas en 1968, 1992, y 1993, proveyeron que para propósitos de la 482, la propiedad intangible generalmente sería tratada como propiedad de quien patrocinara la mayor parte de los costos de desarrollo del intangible.

registro de marcas y razones sociales se hace con el nombre de la filial local que está utilizando realmente el intangible. Asumiendo que los costos de desarrollo están patrocinados por la casa matriz en ambos casos, las regulaciones finales estadounidenses colocan todos los ingresos del intangible a la matriz en el primer caso, pero colocan todos los ingresos del intangible a la filial en el segundo caso. En el segundo caso, de hecho, los costos de desarrollo de la matriz serán cargados a la filial como un "servicio" desarrollado en su beneficio. Hubiera sido preferible conservar las reglas de "asistente/desarrollador" en las regulaciones anteriores y poner "propietario fiscal" en la compañía que realiza los costos de desarrollo (en este caso la compañía matriz) sin fijarse en las estrategias de derecho de propiedad que establece la propiedad legal.

También puede notarse que bajo esta regla de propiedad legal, una filial puede ser incapaz de crear sus propios "intangibles de mercadeo locales" que están separados y son distintos de las marcas o razones sociales propiedad de la compañía matriz. A menos que haya un acuerdo de licencia que transfiere propiedad local de los intangibles a la filial, los gastos incurridos en la publicidad local y promocionales de marca por la filial podrían ser reubicados a la matriz, junto con cualquier ingreso atribuible a los intangibles locales de mercadeo.

Los lineamientos de la OCDE, por el otro lado, tienden a enfatizar la importancia del propietario económico sobre el propietario legal, particularmente en situaciones que involucran intangibles de mercadeo. Además, los lineamientos también reconocen que para "razones de negocios legítimos", las partes relacionadas pueden estructurar sus relaciones de una manera que compañías no relacionadas no contemplarían. En ese evento, la colocación del ingreso atribuible a intangibles basados en los principios de propiedad económica bajo los lineamientos de la OCDE parecen más apropiados que la colocación basada en quien tenga título legal. Esta diferencia entre las regulaciones de la 482 y los lineamientos de la OCDE pueden exponer a los contribuyentes a una doble tributación y crear serios conflictos entre los estados Unidos y los otros miembros de la OCDE.

#### 4.4.2. Propiedad Económica

En el caso de propiedad intangible que no está legalmente protegida (ejemplo know-how técnico), las regulaciones estadounidenses finales siguen las regulaciones anteriores y proveen que el dueño será la parte que sostenga la mayor parte de los costos de desarrollo. Esta visión tradicional de propiedad bajo la 482 refleja el principio de que la oportunidad de realizar ingresos de un intangible debe residir en la misma entidad que incurrió en los costos económicos y asumió los riesgos económicos para desarrollar el intangible.

#### 4.4.3. Propiedad por Acuerdo

Las regulaciones estadounidenses finales reconocen que la propiedad de alguna porción de los derechos de explotar un intangible pueden ser establecidos por acuerdo. Tal acuerdo, el cual sería ordinariamente en la forma de licencia, puede ser explícito por medio de un acuerdo escrito, o puede estar implícito por la conducta de las partes. Donde "múltiples propietarios" de un intangible ha sido establecido por acuerdo, ambos el concesionario o permisionario y el otorgante de la concesión serán considerados dueños bajo la 482 con respecto a sus respectivos derechos de explotación.

#### 4.4.4. Acuerdos de Costos Compartidos

La compartición de costos es un arreglo documentado entre dos o más partes para compartir los costos de desarrollo de intangibles tales como patentes, diseño de productos, know-how técnico, y marcas registrada, en respuesta a un derecho de propiedad en estos activos. Compartir los costos puede ser visto como una alternativa para el permiso de uso de intangibles en intercambio por una regalía la cual podría ser determinada bajo uno de los métodos enunciados anteriormente.

Cuando un acuerdo de costos compartidos existe, es común para un participante en el arreglo adquirir el título legal para los intangibles desarrollados bajo los acuerdos. No obstante, para efectos de la 482, cada participante en un acuerdo de costos compartidos es considerado el dueño de un derecho especificado en el intangible, y ese dueño no está requerido pagar una retribución en valor de mercado para el participante que tiene el título legal del intangible. El ingreso derivado de ese derecho especificado debe, sin embargo, ser proporcional con los costos económicos relativos y el riesgo económico correspondiente que realmente fueron asumidos por el supuesto dueño<sup>15</sup>.

#### 4.4.5. Desarrollo Conjunto de Intangibles

Cuando dos o más miembros de un grupo controlado conjuntamente desarrollan un intangible y no existe un arreglo, las regulaciones estadounidenses proveen que solamente un miembro del grupo (el desarrollador) puede ser el dueño del intangible. Los otros miembros (los que asistieron) no tienen derecho de propiedad en el intangible, pero debe ser compensado en valor de mercado por la asistencia proveída, incluyendo los servicios de sus empleados y/o el uso de su propiedad tangible o intangible. Si, y cuando el desarrollador/dueño de un intangible hace disponible el intangible a cualquier parte relacionada incluyendo a un asistente, el intangible o un derecho limitado en ello (ejemplo, los derechos de explotar el intangible en una área geográfica específica), se supondrá que ha sido transferido, y el desarrollador/cedente debe recibir una compensación en valor de mercado por la transferencia.

La determinación de cual de los miembros de un grupo controlado es el desarrollador/dueño de un intangible, cuando más de un miembro participa en el desarrollo, se basa en una consideración de todos los hechos y circunstancias. Ordinariamente, sin embargo, el miembro participante que sostiene el mayor costo económico será considerado el desarrollador/dueño.

Los problemas de precios de transferencia con desarrollos conjuntos de intangibles han sido más comunes cuando:

- i. Un miembro de un grupo controlado ha desempeñado contratos de servicios de investigación y desarrollo para uno o mas miembros del grupo, o
- ii. Un miembro de un grupo controlado se compromete en importantes actividades de mercadeo con la adquisición y reventa de los bienes fabricados por otro miembro del grupo. Este asunto es discutido en seguida.

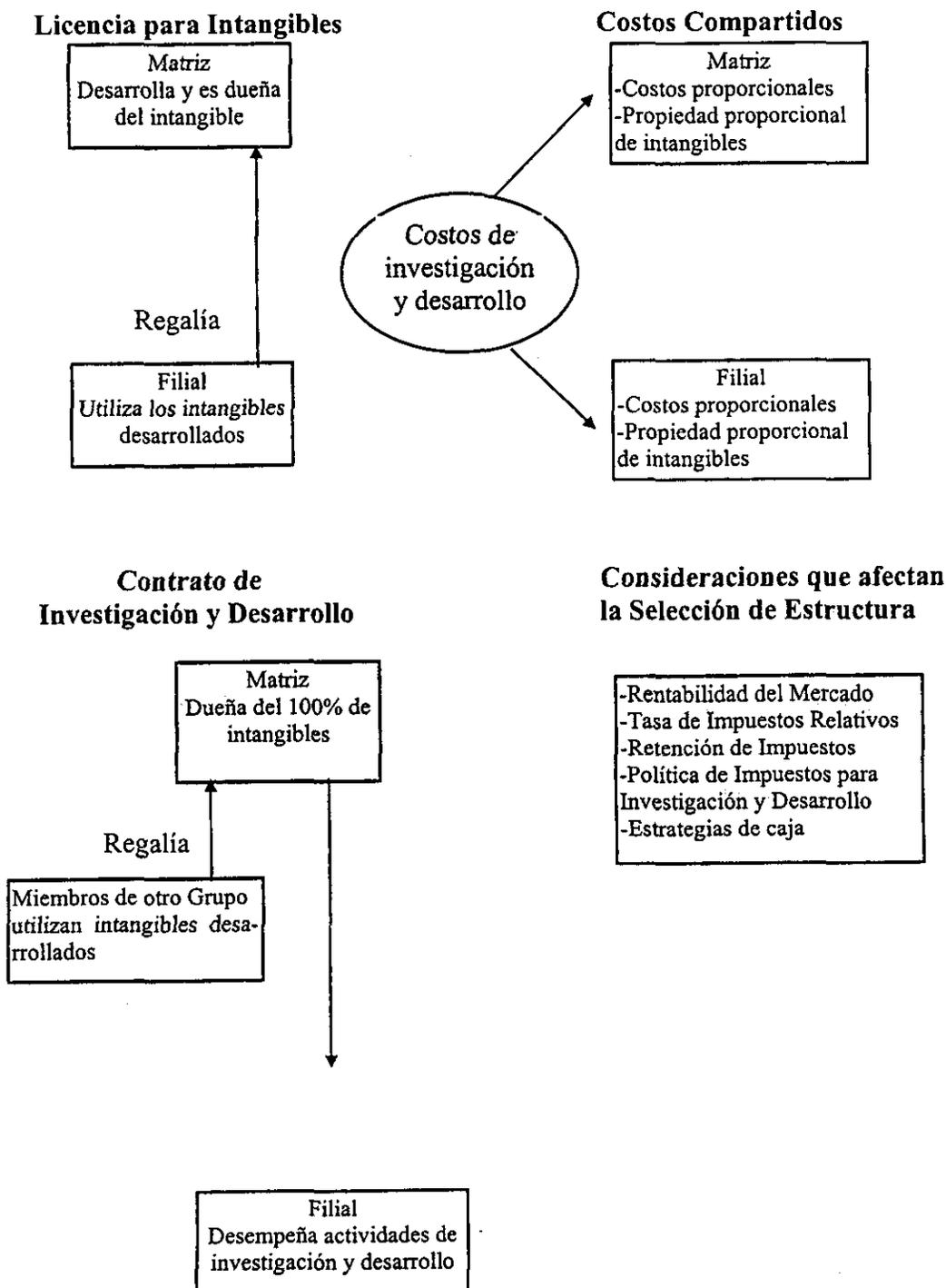
#### 4.4.6. Contrato de Investigación y Desarrollo

Como se muestra en el cuadro de la página siguiente, el desarrollo y uso de un intangible por múltiples miembros de un grupo controlado generalmente puede ser estructurados en una de las tres formas siguientes:

<sup>15</sup>Regs. 1.482-4(f)(3)(i).

- i. Un miembro desarrolla y es propietario del intangible y otorga licencia a otros miembros para explotar el intangible a cambio de una regalía;
- ii. Todos los miembros participan en la propiedad y desarrollo por medio de costos compartidos; o
- iii. Dos o más miembros entran en un contrato de investigación y desarrollo.

**Alternativas para el Desarrollo y Uso de Intangibles**



Dependiendo en las tasas relativas de impuestos sobre ingresos en los diferentes países, el potencial aplicable de retención de impuestos en el caso de regalías<sup>16</sup>, el tratamiento fiscal para gastos de investigación y desarrollo, y los subsidios potenciales del gobierno para la investigación y desarrollo pueden producir resultados financieros y fiscales significativamente diferentes para el grupo controlado.

Los acuerdos contractuales de investigación y desarrollo han existido por muchos años. Éstos han sido explícitamente reconocidos por las regulaciones de 1968 y las de 1979 del reporte<sup>17</sup> de la OCDE. El concepto básico de tales acuerdos es: un miembro del grupo controlado toma a su cargo la actividad de investigación y desarrollo a cambio de un servicio de cuota pagada por otro miembro del grupo. El segundo miembro afronta todos los costos incurridos y asume todo el riesgo relacionado al éxito o fracaso de los esfuerzos de investigación y desarrollo. Si la investigación y desarrollo es exitosa, el segundo miembro será dueño de todos los derechos de los intangibles desarrollados y tendrá derecho a todo el ingreso del intangible que se deriva de la explotación. El primer miembro que realmente desarrolla la investigación y desarrollo recibe solamente una remuneración por sus servicios, generalmente en base a los costos más una utilidad marginal; éste no comparte los ingresos derivados de la explotación del intangible, pero éste tampoco afronta los costos o el riesgo durante el periodo de desarrollo<sup>18</sup>.

Mientras que el concepto de acuerdos contractuales de investigación y desarrollo es sencillo, su existencia a menudo ha causado disputas en los precios de transferencia. La razón de la controversia es que los acuerdos contractuales de investigación y desarrollo proveen oportunidad de *planeación fiscal* al permitir a los grupos controlados determinar la jurisdicción en donde el ingreso del intangible será fiscalizado, donde con frecuencia se aprovechan las ventajas de beneficios y subsidios para desarrollar las actividades en otros países. Mientras que la investigación y desarrollo está en progreso, la controversia típica ha sido si la parte que hace la investigación y desarrollo ha recibido una remuneración en valor de mercado por los servicios prestados. Esto se determinará aplicando los principios normales del estándar de valor de mercado, típicamente usando, ya sea el método de costo adicionado, o el método de utilidades comparables<sup>19</sup>.

Después de que el intangible ha sido desarrollado, la controversia general se centra al rededor de la propiedad del intangible. Si el intangible desarrollado es valioso, el país donde la investigación y desarrollo tuvo lugar puede esperarse que objete la existencia de los acuerdos contractuales de investigación y desarrollo y la ubicación resultante de los ingresos del intangible a un miembro del grupo controlado localizado en otro país.

Para sustentar los resultados pretendidos en un acuerdo contractual de investigación y desarrollo, normalmente los contribuyentes aportan las pruebas que demuestran que la parte que desempeña las actividades de investigación y desarrollo estaba:

- i. Aislada del riesgo financiero relacionado para el éxito o fracaso de las actividades, y
- ii. remunerada en valor de mercado por los servicios prestados.

En todos los casos, un contribuyente prudente que pretende implementar un acuerdo contractual de investigación y desarrollo expresará claramente y completamente los términos precisos de los arreglos entre compañías relacionadas en un acuerdo formal escrito. Los acuerdos minuciosamente deben establecer:

<sup>16</sup>Como sucede en México. Ver Ley ISR sobre el Pago de Regalías.

<sup>17</sup>Regs. 1968 1.482-2(d)(1)(ii)(c); Reporte OCDE 1979

<sup>18</sup>Para una descripción de un contrato de investigación y desarrollo, ver lineamientos de la OCDE, 7.41.

<sup>19</sup>Ver Regs. 1.482(b); lineamientos de la OCDE, Capítulo 7

- El alcance de las actividades que comprende la investigación y desarrollo;
- la parte que pretende asumir los costos y riesgos relacionados a los éxitos o fracasos de las actividades;
- la futura propiedad de cualquier intangible desarrollado bajo el acuerdo; y
- la compensación que será pagada a la parte que desarrolla las actividades.

#### 4.5. Transferencia de un intangible

Cercanamente ligada a la situación de propiedad de un intangible está la cuestión de si realmente ha existido una transferencia de buena fe de un intangible que ha sido sujeta a escrutinio. El fracaso para determinar de que si ha habido o no tal transferencia ha llevado a un número significativo de disputas en los EE.UU. entre el IRS y los contribuyentes. En este contexto, dos tipos de transacciones han sido particularmente problemáticas:

*El primer tipo de transacción puede ser descrito como los "intangibles integrados"* problema que típicamente toma la forma de una venta de productos tangibles a un distribuidor controlado donde estos productos acarrearán una marca o razón social. Particularmente en el caso de venta "destinada" de productos de marca a un distribuidor de EE.UU., el IRS con atención ve a quien adquiere los productos de marca como un concesionario y no como un distribuidor y ha intentado imputar al adquiriente o comprador norteamericano alguna porción del ingreso que es atribuible a la marca o a la razón social<sup>20</sup>.

*El segundo tipo involucra la transacción adquiriente/proveedor de "viaje redondo"*. Esta transacción típicamente involucra a un contribuyente participando en una licencia con un filial extranjera conviniendo el derecho de uso de un producto exclusivo y/o los intangibles del proceso de fabricación para producir un producto para vender de nueva cuenta al contribuyente ante citado. En este tipo de transacción, el IRS ha típicamente objetado la asignación del ingreso atribuible a estos productos y/o procesos intangibles a la subsidiaria extranjera.

La pregunta más importante que debería hacerse en estas transacciones es si un intangible ha sido, de hecho, transferido:

- al distribuidor en las transacciones de intangibles integrados, o
- al fabricante en la transacción de viaje redondo.

"Antes de que se pueda afirmar si el ingreso con respecto a una transferencia es proporcionado con el ingreso atribuible a los intangibles, pese a todo, se debe primeramente identificar una transferencia del intangible como se requiere en la sección 482".

Las regulaciones temporales y finales, y los lineamientos de la OCDE recaen primeramente sobre un análisis de funciones desarrolladas y riesgos asumidos por las respectivas partes en la transacción controlada con el fin de determinar si, hablando económicamente, ha existido una transferencia real de un intangible. Basado en ese análisis, el carácter de valor de mercado de la asignación del ingreso atribuible tanto a la propiedad tangible y a la intangible serían examinadas por separado.

<sup>20</sup>En transacciones "con destino al extranjero", el IRS tiende a ver al cesionario extranjero como a un "simple distribuidor". En este caso, el IRS no debería reconocer cualquier transferencia de los intangibles de mercadeo y esperaría que el cedente norteamericano, como dueño del intangible, ganara todo el ingreso que se le atribuye a éste.

#### 4.5.1. El problema de intangibles integrados

Cuando los bienes tangibles, que llevan consigo una marca o razón social, son vendidos por el fabricante a un distribuidor que es una parte relacionada, se ha tenido dificultad al considerar el valor de la marca o razón social y determinar si el fabricante o distribuidor está autorizado al ingreso atribuible al intangible. El IRS a menudo ha caracterizado esta transacción como una transferencia de la marca. El Papel Blanco ha descrito los problemas de intangibles integrados como:

Los intangibles a menudo son transferidos por incorporación dentro de la propiedad tangible que es vendida o rentada. En este tipo de casos el contribuyente no ha sido requerido a aislar el valor del intangible... Un ejemplo común es la transferencia de propiedad tangible con una marca, razón social o un reconocido logotipo estampado.

Esta caracterización del ISR de la venta de un producto de marca como la transferencia de un intangible integrado no es correcta. La venta de un producto de marca a un distribuidor ordinariamente acarrea con éste el derecho implicado de uso de la marca o razón social del vendedor solamente para propósitos de publicidad y reventa de productos del vendedor. Ningún otro derecho para el uso de los intangibles está ordinariamente cedido al distribuidor.

Así el carácter de valor de mercado de propiedad tangible o intangible ordinariamente será probado por separado<sup>21</sup>.

Los lineamientos de la OCDE adoptan principios que son completamente consistentes con los de los EE.UU..

Quizá el aspecto más útil contenido en los lineamientos de la OCDE acerca de los intangibles de mercadeo, es la caracterización de un distribuidor como un proveedor de servicios autorizado solamente a una compensación apropiada a sus actividades de distribución.<sup>22</sup>

#### 4.5.2. El problema de viaje redondo

Cuando un producto sin terminar se envía a otro sitio (generalmente a otra empresa) para que se le aplique un nuevo proceso para después enviarlo de nueva cuenta a su origen, de le denomina transacción de viaje redondo. En las transacciones típicas de viaje redondo, una compañía matriz provee a una filial extranjera el diseño del producto y especificaciones y/o el proceso de fabricación y know-how necesarios para producir un producto que será vendido de nueva cuenta a la matriz.

Uno de los objetivos primarios del análisis funcional y de riesgo requerido por las regulaciones temporales y finales es distinguir entre:

- i. Permisionarios verdaderos quienes tienen la capacidad real de explotar el intangible directamente en el mercado como un empresario, por ejemplo, en su propio beneficio y por su propio albedrío, y
- ii. otros cesionarios los cuales ejercitan un menor uso del intangible solamente con el fin de fabricar productos para el cesionista.

El enfoque determinar si el supuesto permisionario "sostiene riesgos verdaderos" o de hecho recae primordialmente en "los esfuerzos de mercadeo" del supuesto otorgador de la licencia.

<sup>21</sup>Ver Regs. 1.482-1(b)(2)(ii).

<sup>22</sup>Ver lineamientos de la OCDE, y compare 6.38 con las Regs. americanas 1.482-4(f)(3), Ej. 4.

Al respecto, este enfoque está basado en la creencia que las funciones y riesgos de un verdadero permisionario típicamente irá mas allá de la sola fabricación de un producto al diseño y especificaciones de un cliente. Un verdadero permisionario ordinariamente desempeña funciones de mercadeo y conlleva riesgos de mercadeo que están asociados con el desarrollo real del mercado de un producto o servicio, y no se basa exclusivamente en la actividad asignada por quién otorga la licencia o permiso.

## CAPÍTULO V DETERMINACIÓN DE UNA REGALÍA EN VALOR DE MERCADO

Para el cálculo de una regalía en valor de mercado primeramente es importante que el analista tenga el suficiente conocimiento y experiencia en la interpretación y aplicación de las Leyes en Precios de Transferencia que corresponden a la parte analizada, y a las partes relacionadas con las que se efectuaron operaciones.

A manera de guía, para cumplir con las leyes de precios de transferencia mexicanas, en el caso de estar incluido en los supuestos de estas leyes, el analista deberá recaudar la información necesaria y realizar la siguientes tareas:

1. Verificar que la parte analizada, según giro, operaciones y montos, aplica para lo supuesto dentro de las Leyes de Precios de Transferencias.
2. Identificación de las operaciones significativas con partes relacionadas y con partes no relacionadas. En este caso regalías cobradas y pagadas.
3. Análisis Funcional. Cumpliendo con la ley del ISR en el artículo 58 fracción XIV, incisos a), b) y c) indica que debe recopilarse la información cualitativa relevante para el análisis de las operaciones intercompañía. Este es el punto de partida par determinar si lo precios de transferencia cumplen con el principio de valor de mercado. Aquí se identificarán las funciones desarrolladas, activos utilizados, riesgos asumidos, términos contractuales y condiciones económicas. Para la aplicación del análisis funcional se deberá recopilar y desarrollar la siguiente información:
  - Caracterización de la empresa. El giro de esta, y si cumple con este giro; estructura y organización del grupo.
  - Definición de las Transacciones Intercompañía
  - Operaciones con Empresas Relacionadas:
    - Ventas de materia prima y/o productos terminadas
    - Ventas o compras de maquinaria o equipo
    - Pagos (cobros) por concepto de asistencia técnica
    - Pagos o cobros de cuotas por servicios en general
    - Pagos o cobros de regalías por el uso de marcas registradas, patentes, etc.
  - Empresas Relacionadas
    - Las partes relacionadas en cada una de las diferentes transacciones
    - La relación con la empresa analizada en términos de propiedad o tenencia de acciones, y la fecha de inicio de esta relación accionaria
    - Cambios importantes en estas relaciones en los últimos cuatro años.
  - Funciones desarrolladas
    - Investigación y desarrollo
    - Diseño e Ingeniería de productos o de procesos
    - Fabricación, ensamblaje
    - Prestación de servicios
    - Compras y adquisiciones
    - Distribución, ventas, inventarios, garantías
    - Comercialización, publicidad

- Transporte, almacenamiento
  - financiamiento
  - actividades de mercadotecnia,
  - Administración, servicios legales, contabilidad y finanzas, créditos y cobranzas
  - Capacitación y administración de personal
  - Activos Utilizados o que serán utilizados
    - Planta y equipo
    - Intangibles valiosos
  - Naturaleza de los activos
    - Fecha de adquisición
    - valor en el mercado
    - Ubicación
    - la disponibilidad de derechos de protección sobre los bienes
  - Utilidades o pérdidas generadas
  - Capital empleado
    - Cuentas por cobrar
    - Cuentas por pagar
    - Deudas
  - Riesgos, ¿Quién los asumes?
    - Riesgos del Mercado Fluctuaciones del costo de los medios de producción y el precio de los productos
    - Riesgos de pérdida asociados con las inversiones en bienes muebles e inmuebles
    - Instalaciones de producción y equipos
    - Carácter aleatorio de la investigación y desarrollo
    - Riesgos financieros: paridad de cambio, variabilidad en la tasa de interés, riesgos en los créditos, y otros.
4. Cláusulas contractuales: verificar si el comportamiento en las relaciones intercompañías está conforme a contrato
5. Circunstancias económicas
- Diferencia en los mercado
  - Bienes y servicios sustituibles, riesgo de aparición
  - Mercados geográficos, de los participantes
  - Nivel de Mercado y clientes
    - Mayoreo o menudeo, simple distribuidor, tanto de la empresa como cliente final
    - Cliente final y proporción según producto
  - Grado de competencia
  - Posición relativa competitiva de los compradores y vendedores
  - nivel de oferta y demanda en el mercado en su conjunto y en sus regiones particulares
  - poder de compra del consumidor
  - poder y alcance de las regulaciones del gobierno den el mercado

- costos de producción incluyendo los costos del precio de la mano de obra y del capital,
  - costos de transportación
  - Fecha y monto de las transacciones, etc.
6. Estrategias de las empresas
    - Precios y Utilidades a corto y a largo plazo
  7. Reconocimiento de las Transacciones Realmente<sup>1</sup>
  8. Evaluación de Operaciones Combinadas o Separadas.
  9. Utilización de datos de varios años.
  10. Selección del mejor método. Lo más útil sería aplicar primeramente los métodos aceptados por la ley fiscal en este casos los incluidos en la Ley del ISR de México. Aquellos métodos descartados es importante explicar por que de su exclusión, en caso de que se utilicen otros métodos, diferentes a los incluidos en la Ley del ISR, se deberá explicar el porque, y el otro método utilizado deberá obtener resultados congruentes con los de la citada Ley, con la explicación de por que se desechan los otros y por que se utilizan estos.
  11. Utilización de un Intervalo de Valor Mercado. Esto resulta cuando uno o varios métodos son aplicados, y estos arrojan varias cifras, por lo que se obtendrá un rango razonable, que ha criterio será aceptado.
  12. Segmentación de los Estados Financieros. La información será necesaria segmentarla según la necesidades de cada caso. En el caso de regalías, además de otra información financiera, será importante segmentar la información por el producto al cual se le han hecho dichos cobros de regalías.
  13. Búsqueda de Comparables. Cuando sea necesario buscar comprables, puede resultar complicado y muy costoso, además de que estos comparables deberán someterse a ajustes razonables.
  14. Reporte. Será necesario emitir un reporte documentado con el estudio anterior y sus conclusiones.

En la determinación de una regalía en valor de mercado, la búsqueda de comparables, en la mayoría de los casos, resulta complicada. Hacer suposiciones y ajustes resulta difícil debido a que, la naturaleza de las relaciones entre ellos en una negociación totalmente legítima, las empresas asociadas pueden algunas veces estructurar una transferencia en una manera que las empresas independientes no contemplarían.

Para la fijación de precios en valor de mercado para propiedad intangible, debe tomar en cuenta, para fines de comparabilidad, las perspectivas de ambas partes, la del cedente o cesionista de la propiedad y la del cesionario.

Desde la perspectiva del cedente el principio de valor de mercado debería examinar el precio en el cual una empresa independiente comparable desearía transferir la propiedad.

Desde la perspectiva del cesionario, un empresa independiente comparable puede o no estar preparada para pagar tal precio, dependiendo en el valor y utilidad de la propiedad intangible en su negocio. El cesionario generalmente estará preparado a pagar esta cuota de licencia si el beneficio de las expectativas razonables que aseguran el uso del intangible es satisfactorio, tomando en cuenta otras opciones realmente disponibles. Dado esto, el permisionario o concesionario tendrá que encargarse de las inversiones o de otra manera

<sup>1</sup>Ver Principio de Valor de Mercado, Lineamientos de la OCDE. Ver anexo, Principio de valor de mercado.

incurrir en gastos para usar la licencia, gastos o inversiones que serán determinados en base a lo que una empresa independiente estaría preparada a pagar considerando las ganancias esperadas de las inversiones adicionales y de otros gastos en los que probablemente se incurrirían.

Este análisis es importante para asegurar que a una empresa asociada no se le esté pidiendo un pago por la adquisición o uso de propiedad intangible que está basado en la mayor o más alto uso productivo, cuando la propiedad es de una utilidad limitada para la empresa asociada dada sus operaciones en los negocios y otras circunstancias relevantes. En tales casos, la utilidad de la propiedad debería ser tomada en cuenta cuando se determina la comparabilidad. Esta discusión remarca la importancia de tomar todos los hechos y circunstancias en consideración al determinar la comparabilidad de las transacciones.

### 5.1. Casos Especiales

Las condiciones para la transferencia de propiedad intangible pueden ser aquellas de una venta directa del intangible o, más comúnmente, del pago de regalías bajo un arreglo de concesión de licencia por los derechos respecto a la propiedad intangible. Una regalía sería ordinariamente un pago periódico basado en la producción, ventas, o en raras circunstancias, utilidades. Cuando la regalía está basada en las ventas o producción, la cuota puede variar de acuerdo a los volúmenes que maneje el concesionario. También existen instancias donde cambiados los hechos y circunstancias (por ejemplo, nuevos diseños, incremento en la publicidad de la marca por el dueño) podría guiar a una revisión de las condiciones de remuneración.

La compensación por el uso de propiedad intangible puede estar incluida en el precio cargado por la venta de bienes cuando, por ejemplo, una empresa vende productos sin terminar a otra y al mismo tiempo hace disponible su experiencia en procesos posteriores de estos productos. Ya sea que podría asumirse que el precio de transferencia por los bienes incluye un cargo sobre la licencia y que en consecuencia cualquier pago adicional por regalías ordinariamente tendría que ser rechazado por el país del comprador, dependería mucho sobre las circunstancias de cada trato y parecería que no existe un principio general el cual pueda ser aplicado excepto que no debería haber doble deducción por la provisión de tecnología. El precio de transferencia puede ser un precio en paquete<sup>2</sup>, es decir por los bienes y por la propiedad intangible, en cuyo caso, dependiendo en los hechos y circunstancias, un pago adicional por regalías puede no necesitar ser pagado por el adquiriente o comprador debido a que este último suministró experiencia técnica. Este tipo de precio en paquete puede necesitar ser desglosado para calcular un regalía separada en valor de mercado en países que imponen una retención<sup>3</sup> de impuestos sobre regalías.

En algunos casos, la propiedad intangible estará envuelta en un contrato en paquetes que incluyen derechos de patentes, marcas, secretos de procesos industriales o profesionales, y know-how. Por ejemplo, una empresa puede conceder una licencia respecto a toda la propiedad industrial e intelectual que esta posee. Las partes de un paquete pueden necesitar ser consideradas por separado para verificar el carácter de valor de mercado de la transferencia. Es importante también tomar en cuenta el valor de servicios tales como

<sup>2</sup>Ver capítulo V sobre Intangibles Incrustados.

<sup>3</sup>México aplica retención sobre pagos de regalías. Ver Ley del ISR.

asistencia técnica y entrenamiento de empleados que el desarrollador puede suministrar en conexión con la transferencia. Similarmente, los beneficios proveídos por el concesionario para quién da la concesión, por medio de mejoras a los productos o procesos, puede ser necesario que se tomen en cuenta. Estos servicios deben ser evaluados aplicando el principio de valor de mercado, tomando en cuenta las consideraciones especiales por servicios descritos en los lineamientos de la OCDE. Al respecto puede ser importante distinguir entre varios medios de hacer know-how disponible<sup>4</sup>.

Un contrato de know-how y un contrato de servicio pueden ser tratados diferentemente en un país en particular de acuerdo a su legislación fiscal interna o a los tratados que éste ha concluido con otros países. A este tema se le dará mayor importancia en trabajos futuros. Por ejemplo, si una retención de impuestos es recaudada en pagos hechos a no residentes puede depender en la manera de como el contrato es visto. Si el pago es visto como cuotas de servicio, este generalmente no es gravable en el país de origen a menos que la empresa receptora lleve negocios en ese país a través de un establecimiento permanente situado dentro y la cuota sea atribuible al establecimiento permanente. De otra manera, en algunos países las regalías pagadas por el uso de propiedad intangible están sujetas a una retención de impuestos.

Las remuneraciones pagadas por la transferencia, entre compañías relacionadas, de propiedad intangible pueden tomar cualquier forma que sea consistente con la forma que adoptarían transacciones entre partes no controladas realizando tratos en valor de mercado y bajo circunstancias comparables. Ordinariamente tales remuneraciones tomarán la forma de una regalía. La determinación del carácter de valor de mercado de un pago de regalías entre compañías relacionadas debe ordinariamente requerir alguna evidencia de pagos regalías de transacciones comparables entre partes no controladas. Sin embargo, el IRS y la corte de los Estados Unidos de América del Norte se han esforzado por establecer un estándar manejable y realista de comparabilidad para estos fines. No se han establecido estándares con respecto a:

- i Que características y/o condiciones de una transacción controlada y no controlada deben ser comparadas, y
- ii que tan comparable una transacción no controlada debe ser con el fin de que sea una evidencia probativa de lo que una regalía en valor de mercado sería en la transacción controlada.

Cuando no se pueden encontrar comparables apropiados, el IRS y la corte estadounidense han tenido dificultades al articular una metodología para determinar una regalía en valor de mercado. Como resultado, disputas entre contribuyentes y el IRS sobre que constituye una regalía en valor de mercado ha sido típicamente resuelta sin ninguna coherencia o consistencia económica racional. Las regulaciones temporales proveen algunas guías adicionales en fijación de precios entre compañías relacionadas para transferencia de intangibles, y esa guía ha sido mejor clarificada por las regulaciones finales. Sin embargo, las nuevas regulaciones todavía no pueden proveer una guía, necesaria en la ausencia de transacciones comparables no controladas. Los lineamientos de la OCDE toma nota de los problemas prácticos relacionados a la determinación de un pago de regalías en valor de mercado, pero recomienda pocas soluciones a esos problemas. Algunas soluciones a estos problemas se sugieren más adelante.

<sup>4</sup>Los lineamientos en estos temas se proporcionan en el párrafo 11 de los comentarios sobre en el artículo 12 de la "OECD Model Tax Convention".

## 5.2. Aspectos Relevantes en el Cálculo de una Remuneración en Valor de Mercado

Al aplicar el principio de valor de mercado para transacciones controladas implicadas en propiedad intangible, algunos factores especiales relevantes para comparar entre las transacciones controladas y no controladas deben ser considerados. Estos factores incluyen los beneficios esperados de la propiedad intangible (posiblemente determinados a través del cálculo del valor presente neto). Otros factores incluyen: cualquier limitación en el área geográfica en cuyo derecho pueden ser ejercidos; las restricciones sobre exportaciones en bienes producidos por virtud de cualquier derecho transferido; el carácter exclusivo o no exclusivo de cualquier derecho transferido; la inversión de capital (para construir nuevas plantas o comprar maquinas especiales), los gastos de la puesta en marcha y el trabajo de desarrollo requerido en el mercado; la posibilidad de otorgar una licencia, la red de distribución del concesionario, y si el concesionario tiene el derecho de participar en mayores desarrollos de la propiedad.

Cuando la propiedad intangible implicada es una patente, los análisis de comparabilidad deben tomar en cuenta la naturaleza de la patente y el grado y duración de protección proporcionada bajo las leyes de patentes de los países pertinentes, teniendo en mente que nuevas patentes pueden ser desarrolladas rápidamente en base a las viejas, así la protección efectiva de la propiedad del intangible puede ser prolongada considerablemente. No solamente la duración de la protección legal sino también es importante la extensión del periodo durante el cual las patentes probablemente mantendrán su valor económico. Una patente nueva y distintiva puede hacer que patentes existentes rápidamente se vuelvan obsoletas y regirá un precio mayor al de las diseñadas ya sea para mejorar un proceso que ya está gobernado por patentes exitosas o uno que cuyos sustitutos están fácilmente disponibles.

Otros factores para patentes incluye el proceso de producción para el cual la propiedad es usada, y el valor que el procesos contribuye al producto final. Por ejemplo, donde la invención de una patente cubre solamente un componente de un artefacto, puede ser inapropiado calcular la regalía por la invención haciendo referencia al precio de venta del producto completo. En tales casos, una regalía basada en una proporción del precio de venta tendría que ser tomado en cuenta el valor relativo del componente respecto a los otros componentes del producto. También al analizar las funciones desempeñadas (incluyendo activos usados y riesgos asumidos) por transacciones que implican propiedad intangible, los riesgos considerados deberían incluir responsabilidad del producto y responsabilidad ambiental, que han llegado a ser muy importantes.

Al establecer un precio dentro del valor de mercado en el caso de una venta o licencia de propiedad intangible, es posible usar el método CUP<sup>5</sup> donde el mismo dueño ha transferido u otorgado licencia de propiedad intangible comparable bajo circunstancias comparables a empresas independientes. El monto de la remuneración cargada en transacciones comparables entre empresas independientes en la misma industria pueden también ser guiadas, donde esta información es disponible, y un rango de fijación de precios puede ser apropiado. Las ofertas a partes no relacionadas o propuestas genuinas de concesionarios que compiten también deben ser tomadas en cuenta. Si las empresas asociadas subotorgan licencias de propiedad a terceras partes, puede ser posible usar alguna

<sup>5</sup>De sus siglas en inglés "Comparable Uncontrolled Price" (Precio Comparable No Controlado).

forma del método de precio de reventa para analizar los términos de la transacción controlada.

En la venta de bienes que incorporan propiedad intangible, también puede utilizar el método CUP o el método de precio de reventa. Cuando los intangibles de mercadeo (ejemplo, una marca registrada) están involucrados, el análisis de comparabilidad debe considerar el valor agregado por la marca comercial, tomando en cuenta la aceptabilidad del consumidor, importancia geográfica, mercados compartidos, volumen de ventas, y otros factores relevantes. Cuando los intangibles de mercado están involucrados, el análisis de comparabilidad debería además considerar el valor atribuible a tales intangibles (patentes protegidas o de otra forma intangibles exclusivos) y la importancia de las funciones de investigación y desarrollo que se efectúan.

Por ejemplo, puede darse el caso que un zapato deportivo de línea transferido en una transacción controlada es comparable a un zapato deportivo transferido bajo una línea de nombre diferente en una transacción no controlada ambas en términos de la calidad y especificaciones del zapato indicadas y también en términos de la aceptabilidad del consumidor y otras características de la marca comercial en el mercado. Donde tal comparación no es posible, alguna ayuda puede encontrarse, si la adecuada evidencia es disponible, al comparar el volumen de ventas y los precios cargables y utilidades realizadas por los bienes de la marca con esos bienes similares que no llevan la marca. Es posible usar ventas de productos sin marca como transacciones comparables para ventas de productos con marca que son de otro modo comparables, pero solamente hasta el punto donde puedan hacerse ajustes para responder por cualquier valor agregado por la marca. Por ejemplo el zapato con marca "A" puede ser comparable a un zapato sin marca en todos los aspectos (después de ajustes) excepto por la marca misma. En tal caso, el premio atribuible a la marca puede ser determinado al comparar un zapato sin marca con diferentes características, transferido en una transacción no controlada, con uno de marca equivalente, también transferido en una transacción no controlada. Entonces es posible usar esta información como una ayuda para determinar el precio del zapato con marca "A", aunque ajustes pueden ser necesarios para el efecto de la diferencia en características en el valor de la marca. Sin embargo, los ajustes pueden ser particularmente difíciles donde un producto de marca tiene una posición dominante en el mercado, tal que el producto genérico es en esencia comercializado en un mercado diferente, particularmente donde productos sofisticados están involucrados.

En casos que involucran propiedad intangible de gran valor, puede ser difícil encontrar transacciones comparables no controladas. Por lo que puede ser difícil aplicar los métodos transaccionales tradicionales y el método de márgenes transaccionales netos, particularmente donde ambas partes de la transacción poseen propiedad intangible valiosa o activos únicos utilizados en la transacción que distingue la transacción de aquellas de competidores potenciales. En tales casos el método de partición de utilidades puede ser apropiado aunque pueden existir problemas prácticos en su aplicación.

Al valuar si las condiciones de una transacción que involucra propiedad intangible reflejan transacciones en valor de mercado, el monto, naturaleza, e incidencia de los costos incurridos en el desarrollo o conservación de la propiedad intangible puede ser examinada como una ayuda para determinar la comparabilidad o posible valor relativo de la contribución de cada parte, particularmente donde un método de partición de utilidades es usado. Sin embargo, no es necesario que exista un vínculo entre costo y valor. En particular, el valor real en el mercado de la propiedad intangible frecuentemente no es

medible en relación a los costos implicados en el desarrollo y mantenimiento de la propiedad. Una razón es que la propiedad intangible, tales como patentes y know-how, puede ser el resultado de un largo periodo y altos costos de investigación y desarrollo. El monto real del presupuesto de investigación y desarrollo depende de una variedad de factores, incluyendo la política de competidores o competidores potenciales, la utilidad esperada de la actividad de investigación, y la tendencia de las utilidades; o retribuciones basadas en alguna relación del monto de las transacciones comerciales, o una valuación del rendimiento de la actividad de investigación y desarrollo en el pasado como un base para fijar los niveles de gastos en el futuro. El presupuesto de la investigación y desarrollo puede ser cubierto por las ventas de productos aunque los productos en cuestión pueden no ser un resultado directo o aun quizá indirecto de la investigación y desarrollo. Otra razón es que la propiedad intangible puede requerir investigación y desarrollo y un control de calidad que pueda beneficiar un rango de productos.

### **5.3. Fijación de Precios en Valor de Mercado Cuando la Valuación es Altamente Incierta en el Momento de la Transacción.**

Como se estableció anteriormente, la propiedad intangible puede tener un carácter especial que complica la búsqueda de comparables y en algunos casos se hace difícil valorar para determinar la propiedad involucrada en el momento de la transacción. Cuando la valuación de la propiedad intangible en el momento de la transacción la incertidumbre es alta, surge la pregunta de como un precio en valor de mercado debe ser determinado. La cuestión debe ser resuelta por ambos, los contribuyentes y los administradores fiscales, al hacer referencia de que habría hecho en circunstancias comparables una empresa independiente al tomar en cuenta la valuación incierta en la fijación del precio de la transacción.

Dependiendo en los hechos y circunstancias, hay una variedad de pasos que las empresas independientes pueden seguir para tratar con la alta incertidumbre en la valuación al fijar el precio de una transacción. Una posibilidad es utilizar los beneficios o ganancias anticipadas (tomando en cuenta todos los valores económicos pertinentes) como un medio para establecer la fijación del precio al comienzo de la transacción. Al determinar los beneficios anticipados, las empresas independientes tomarían en cuenta el punto en el cual realizaciones subsecuentes sean previsibles y predecibles. En algunos casos, las empresas independientes pueden encontrar que las proyecciones de beneficios anticipados son suficientemente confiables para fijar el precio para la transacción en el comienzo en las bases de estas proyecciones, sin reservarse el derecho de hacer futuros ajustes.

En otros casos, las empresas independientes puede ser que no encuentren ese precio basado en beneficios anticipados previendo solamente una adecuada protección ante el riesgo asumido por la alta incertidumbre al valorar la propiedad intangible. En tales casos, las empresas independientes pueden adoptar acuerdos de corto plazo o incluir cláusulas de ajustes de precios en los términos del acuerdo, para protegerse de imponderables subsecuentes que no pueden ser predecibles. Por ejemplo, se podría establecer un pago de regalía que se incrementara conforme al incremento de ventas del concesionario.

También las empresas independientes pueden determinar asumir el riesgo, hasta cierto grado, del impredecible desempeño subsecuente, sin embargo, entendiendo que el cambio impredecible del desempeño de las suposiciones fundamentales, sobre las cuales la

fijación del precio fue determinada, podrían guiar a la renegociación de los acuerdos para fijar un precio por acuerdo *mutuo de las partes*. Por ejemplo, tales renegociaciones pueden ocurrir en valor de mercado si un pago de regalía basado en las ventas por una droga patentada resulta ser sumamente excesivo debido a un desarrollo inesperado de un tratamiento alternativo de bajo costo. La regalía excesiva puede quitar el incentivo del concesionario para fabricar la droga, en cuyo caso el acuerdo puede ser renegociado (aunque al suscitarse esto podría depender de todos los hechos y circunstancias).

Cuando las administraciones evalúan los precios fijados de una transacción controlada que involucra propiedad intangible donde al principio la valuación es de alta incertidumbre, los arreglos que podrían haberse hecho en circunstancias comparables por empresas independientes deberían ser seguidas. De esta manera, si las empresas independientes hubieran fijado los precios basados sobre una proyección en particular, el mismo enfoque debe ser utilizado por la administración fiscal al evaluar la fijación del precio. En tal caso, la administración fiscal podría, por ejemplo, indagar si la empresa asociada hizo las proyecciones adecuadas, tomando en cuenta todos los desarrollos que eran razonablemente previsibles, sin utilizar retrospcción.

Se reconoce que las autoridades fiscales pueden encontrar dificultades, particularmente en el caso de un contribuyente que no coopera, para establecer que utilidades eran razonablemente previsibles en el momento que la transacción fue llevada a cabo. Por ejemplo, un contribuyente en etapa temprana, puede transferir intangibles a una filial, estableciendo una regalía que no refleja el valor subsecuentemente demostrado del intangible ya sea por impuestos u otros propósitos, y más tarde tomar la posición de que éste no era posible en el momento de la transferencia para predecir el éxito subsecuente del producto. En tal caso, los desarrollos subsecuentes pueden impulsar a una administración fiscal a inquirir lo que empresas independientes habrían hecho en base a la información razonablemente disponible en el momento de la transacción. En particular, debe considerarse si las empresas asociadas realizaron proyecciones o intentaron realizarlas tal y como una empresa independiente habría considerado adecuado, tomando en cuenta los desarrollos razonablemente previsibles y el riesgo de desarrollos imprevisibles, y si las empresas independientes habrían insistido en alguna protección adicional ante el riesgo de alta incertidumbre de valuación.

Si las empresas independientes hubieran insistido en una cláusula de ajustes de precios en circunstancias comparables, la administración fiscal debe permitirse determinar el precio en las bases de tal cláusula. Similarmente, si las empresas independientes hubieran considerado subsecuentes desarrollos imprevisibles tan fundamentales que sus acontecimientos habrían guiado a una renegociación de la fijación del precio de la transacción, tales desarrollos deberían también guiar a una modificación del precio de una transacción controlada.

Es reconocido que una administración puede no ser capaz de conducir una auditoría de los ingresos de un contribuyente sino hasta varios años después que éste ha sido archivado. En tal caso, una administración fiscal sería autorizada a ajustar el monto considerado con respecto a todos los años abiertos hasta el momento cuando la auditoría tome lugar, en las bases de la información que las empresas independientes habrían utilizado en circunstancias comparables para establecer el precio.

#### 5.4. Actividades de Mercadeo Emprendidas por Empresas que no tienen Marca Registrada o Razón Social.

Pueden surgir problemas complicados en la fijación del precio de transferencia cuando las actividades de mercadeo son emprendidas por empresas que no estén promoviendo marca de fábrica o nombre comercial o razón social (tal como un distribuidor de productos de línea). En tales casos, es necesario determinar como el vendedor debe ser compensado para estas actividades. El asunto es si el vendedor debe ser compensado como un servicio de suministrador, por ejemplo proveer servicios promocionales, o si hay algún caso en el cual el vendedor deba compartir cualquier utilidad adicional atribuible a los intangibles de mercadeo. Una pregunta afin es como el rendimiento atribuible al intangible de mercadeo puede ser identificado.

Respecto a la primera cuestión "si el vendedor está autorizado a una ganancia en los intangibles de mercadeo por encima de un rendimiento normal en actividades de mercadeo", el análisis requiere de un avalúo de las obligaciones y derechos implicados por el acuerdo entre las partes. Frecuentemente se dará el caso que el rendimiento en actividades de mercadeo será suficiente y apropiado. Un caso relativamente claro es donde un distribuidor actúa meramente como un agente, siendo reembolsado por sus gastos promocionales por el dueño del intangible de mercadeo. En este caso, el distribuidor estará autorizado a una compensación apropiada solo a su actividades de agencia y no estaría autorizado a compartir cualquier ganancia atribuible al intangible de mercadeo.

Donde el distribuidor realmente mantiene los costos de sus actividades de mercadeo (ejemplo, no existe arreglo para que el dueño reembolse los gastos), la cuestión es el punto en el cual el distribuidor es capaz de compartir los beneficios potenciales de estas actividades. En general, en las negociaciones en valor de mercado la habilidad de una parte, que no es dueña legal de un intangible de mercadeo, para obtener los futuros beneficio de actividades de mercadeo que incrementen el valor de ese intangible, dependerá principalmente en los derechos de esa parte. Por ejemplo, un distribuidor puede tener la habilidad de obtener beneficios de sus inversiones al desarrollar el valor de una marca, sus volúmenes de comercio y mercado compartido donde este tiene contratos de largo plazo solo con derechos de distribución por productos con marca. En tales casos, la parte compartida, de los beneficios del distribuidor, deberá ser determinada en base a lo que un distribuidor independiente obtendría en circunstancias comparables. En algunos casos, un distribuidor puede sostener gastos extraordinarios de mercadeo mas allá de lo que un distribuidor independiente con derechos similares puede incurrir por el beneficio de sus propias actividades de distribución. Un distribuidor independiente en tal circunstancia puede obtener una ganancia adicional del dueño de la marca, quizá a través de un decremento en el precio de adquisición del producto o una reducción en el pago de la regalía.

La otra cuestión es como el rendimiento atribuible a las actividades de mercadeo pueden ser identificadas. Un intangible de mercadeo puede obtener valor como una consecuencia de publicidad y otros gastos promocionales, los que pueden ser importantes para mantener el valor de la marca. Sin embargo, puede ser difícil determinar lo que estos gastos han contribuido para el éxito de un producto. Por ejemplo, puede ser difícil determinar lo que la publicidad o gastos de mercadeo han contribuido para la producción o ingresos, y en que grado. Es también posible que una nueva marca o la introducción de un producto a un nuevo mercado puede no tener valor o pequeño valor en ese mercado y su

valor puede cambiar a través de los años mientras deja una impresión en el mercado (o quizás pierde su impacto). Dominar un mercado compartido puede hasta cierto punto ser atribuible a los esfuerzos de comercialización de un distribuidor. El valor y cualquier cambio dependerá a un grado en que tan efectiva la marca es promovida en ese particular mercado. Más fundamentalmente, en muchos casos altas ganancias derivadas de las ventas de productos de marca pueden ser debidas a lo mucho a las características únicas del producto o su alta calidad así como el éxito de la publicidad y otros gastos promocionales. Debería darse peso significativo a la conducta real de las partes sobre un periodo de años al evaluar los rendimientos atribuibles a las actividades de mercadeo.

Los casos expuestos anteriormente son un reflejo de la complejidad existente en el tema de precios de transferencia cuando se delibera si una transacción de propiedad intangible refleja la realidad y no está basada en especulaciones que demeritan el pago fiscal. La ausencia de comparables hace difícil la aplicación del principio del valor de mercado, y los métodos propuestos no resuelven en su totalidad la evidente problemática.

## CAPITULO VI MÉTODOS PROPUESTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL PAGO DE REGALÍAS

### 6.1. Método de Transacción Comparable<sup>1</sup> No Controlada (CUT<sup>2</sup>)

Este método se basan en una referencia de una transacción no controlada para establecer un pago de regalías en valor de mercado. Este método se basa principalmente en:

- i. El grado de comparabilidad requerido para que una transacción no controlada sea considerada comparable, y
- ii. las características y condiciones de las transacciones controladas y no controladas que deben ser comparadas.

#### *a. Grado de comparabilidad*

Con el fin de que se considere comparable a una transacción controlada, una transacción no controlada no necesita ser idéntica a la transacción controlada, pero debe ser suficientemente similar para que provea una medida confiable de un resultado en valor de mercado<sup>3</sup>.

Por esto, el método CUT puede ser aplicado por referencia a comparables inexactos. Este estándar de comparación es práctico en el sentido de que las transacciones no controladas que alcanzan el estándar son más probables de ser encontradas, y al mismo tiempo es razonablemente preciso que este prevendrá de comparaciones inapropiadas de intangibles que están solamente dentro de la misma aparente categoría general.

#### *b. Factores de comparabilidad*

Si puede identificarse una transacción no controlada que involucre la transferencia del mismo intangible substancialmente bajo las mismas circunstancias como en una transacción controlada, la aplicación del método CUT, para la transacción controlada, puede ser relativamente directa. Donde las diferencias en circunstancias son solamente menores y esas diferencias tienen un efecto definido y razonablemente indagable en el pago de regalías, el método CUT generalmente proveerá la medida más directa y confiable de un resultado en valor de mercado para una transacción controlada.

Comúnmente, sin embargo, es imposible identificar una transacción no controlada que involucre la misma propiedad intangible. Para que sean "comparables" dos intangibles potencialmente comparables deben pasar dos pruebas<sup>4</sup>:

*Prueba industrial o de mercado:* Los dos intangibles al ser comparados deben ser usados en conexión con productos similares o procesos dentro de la misma industria general o del mercado. Esto simplemente significa que un intangible

<sup>1</sup>Regs. 1.482-4(c), y Regs. 1.482-4T(c).

<sup>2</sup>De sus siglas en inglés "Comparable Uncontrolled Transaction Method"

<sup>3</sup>Normatividad estadounidense inciso 1.482-1(d)(2). Las Regulaciones de la sección 1.482(c)(2)(iii) expresamente hacen esta regla general aplicable a la transferencia de intangibles.

<sup>4</sup>Ver 482 del IRS de EE.UU. y Regulaciones Finales de EE.UU. sobre Precios de Transferencia. Las regulaciones temporales incluían una tercera prueba: *ambos intangibles deben estar en la misma clase de intangibles contenidos en la definición 482 de un intangible.* Regs. 1.482-4T(c)(2)(ii)(A)(1). Esto significa simplemente que una patente debe ser comparada a una patente, o un derecho de autor a un derecho de autor, o una marca registrada a una marca registrada. Esta prueba no fue incluida en las regulaciones finales, pero es improbable que esta omisión tenga algún significado práctico.

farmacéutico debe ser comparado a otro intangible farmacéutico, o un intangible usado en electrónica debe ser comparado a otro usado en la misma industria. Esta prueba debe ser fácil de aplicar y refleja lo que debería ser en sentido común.

*Prueba de utilidad potencial:* la comparabilidad bajo el CUT también requiere que los dos intangibles al ser comparables tengan una utilidad potencial similar. Ordinariamente, la utilidad potencial de un intangible es medible al calcular el valor presente neto de los beneficios que serán obtenidos al explotar el intangible. Tal cálculo debe ser tomado en consideración a las inversiones de capital y los costos de inicio de operaciones y riesgos asumidos por la transferencia del intangible.

El concepto bajo el uso de utilidades potenciales como factor principal de comparabilidad es simple. Éste está basado en el hecho de que una regalía representa un interés continuo del otorgante de la licencia en los flujos anticipados del ingreso (ejemplo, una utilidad potencial) que será generada por el permisionario al explotar el intangible. Los resultados de las verdaderas negociaciones en valor de mercado entre partes no relacionadas sobre el pago apropiado de regalías a cierto grado depende en la convergencia o divergencia de la expectativa respectiva de las partes del anticipado flujo de ingresos. En negociaciones entre partes no relacionadas, el interés propio y las fuerzas del mercado regularmente conducen estas negociaciones a un acuerdo con el flujo de ingreso esperado. Debido a que las partes no están relacionadas, este acuerdo está por definición en "valor de mercado". Para una transacción de parte relacionada, las reglas de ajuste periódico implementando el estándar de ingreso comensurado<sup>5</sup> (commensurate with income standard) son un sustituto para estas negociaciones dinámicas de la transacción no controlada.

De esta manera, una vez que se ha establecido que dos intangibles relacionados al mismo tipo de productos o procesos, el grado de comparabilidad (y por consiguiente la similitud del pago de regalías) entre los dos intangibles dependerá casi completamente en la similitud del flujo de ingreso esperado (ejemplo, utilidad potencial) que generará cada intangible. Para fines del CUT, una transferencia controlada y no controlada de intangibles (de la misma clase y del mismo tipo) será "comparable" si se espera que estos generen substancialmente el mismo flujo prerregalía para el concesionario.

Reconociendo las limitaciones prácticas en datos, sería difícil argumentar que dos intangibles deberían ser solamente asumidos como comparables sin ninguna consideración del ingreso generado por cada uno. Si no está disponible la información adecuada acerca de la utilidad potencial entonces, el método CUT no es diferente a su contraparte para bienes tangibles, que es el método de precio no controlado comparable (CUP<sup>6</sup>). Si un contribuyente no tiene información adecuada en precios de bienes comparables en una transacción no controlada, el método CUP no puede ser utilizado; si un contribuyente no tienen información adecuada para la utilidad potencial de otro intangible comparable transferido en una transacción no controlada, el método CUT no puede ser utilizado.

<sup>5</sup>Se explicará posteriormente.

<sup>6</sup>Por sus siglas en inglés "Comparable Uncontrolled Price".

## 6.2. Método de Partición de Utilidades (PSM<sup>7</sup>)

Donde miembros de un grupo controlado están comprometidos en un negocio integrado funcionalmente y cada miembro usa intangibles valiosos, a menudo será difícil identificar transacciones comparables no controladas que puedan ser utilizadas como un punto de referencia para analizar el carácter de valor de mercado de las transacciones entre compañías relacionadas dentro del grupo.

Bajo el método de partición de utilidades, un rendimiento en valor de mercado, para cada miembro del grupo controlado, es estimado al comparar la relativa contribución económica de cada miembro en el éxito total del negocio integrado, y al dividir la utilidad global combinada de ese negocio entre los miembros del grupo en las bases del valor relativo de la contribución de cada miembro. El valor relativo de cada contribución económica de cada miembro para el éxito de la actividad relevante del negocio debe ser determinada en una manera que refleje las funciones desempeñadas, riesgos asumidos, y recursos empleados por cada miembro en la actividad empresarial o comercial.

Para determinar la contribución económica relativa de cada miembro, a menudo será necesario determinar los valores relativos de la propiedad intangible desarrollada y/o usada por cada miembro en la actividad del negocio integrado.

La normatividad mexicana incluye este método y su aplicación es apropiada en el desarrollo de intangibles.

## 6.3. Pagos Únicos Globales

Mientras que la propiedad intangible comúnmente es transferida bajo un acuerdo de licencia que provee el pago anual de una regalía, en ocasiones la propiedad intangible se transferirá por un simple pago total, usualmente pagado en el momento de la transferencia. Las regulaciones finales proveen reglas para probar el carácter de valor de mercado del Pago Único Global. Ninguna de las regulaciones anteriores incluyen reglas específicas aplicables a pagos globales.

Para determinar si un pago global de única vez satisface el estándar de valor de mercado bajo las Regulaciones Finales, la cantidad del pago global debe ser tratada como un pago por adelantado de un flujo de pagos anuales de regalías sobre la vida del convenio en transferencia o, si es más corto, la vida útil de la propiedad intangible. Esta cantidad equivalente de regalía sirve como las bases para determinar si la remuneración del pago global en una sola vez está en valor de mercado. La determinación de la cantidad de regalía equivalente requiere un cálculo de valor presente basado en el pago único, las ventas proyectadas relacionadas al uso del intangible transferido, y un tasa de descuento apropiada. Los mismo métodos utilizados para analizar el carácter de valor de mercado de una regalía real son usados para analizar el carácter de valor de mercado de la cantidad de la regalía equivalente. La cantidad de regalía equivalente debe también alcanzar el estándar de ingreso conmensurable, que se explicará más adelante, y por consiguiente puede ser sujeto a ajustes periódicos de la misma manera que se haría con una regalía real.

---

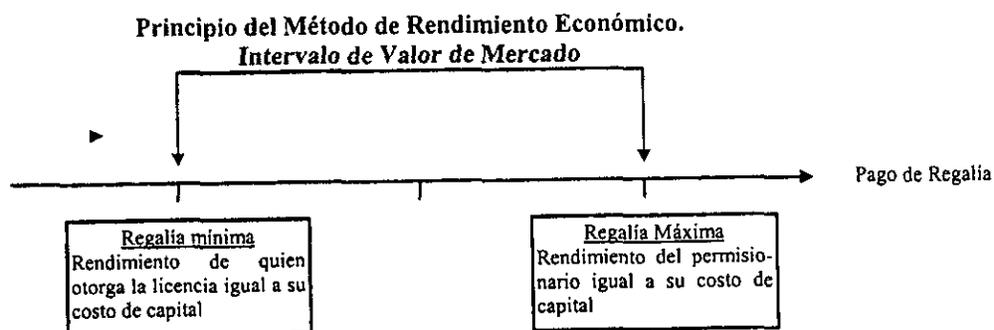
<sup>7</sup>De su siglas en Inglés "Profit Split Method". Este método está incluido dentro de nuestra legislación con dos variantes; ver Capítulo IV, Contexto Nacional.

#### 6.4. Método de Rendimiento Económico (ERM<sup>8</sup>)

En 1993, en EE.UU en las vísperas de las regulaciones propuestas se comentó si se debería incluir un método que determinaría una regalía dentro del principio del valor de mercado para la transferencia de un intangible por medio de descontar los costos e ingresos proyectados del otorgante de la licencia o del que hace uso de esta licencia, en relación al desarrollo o explotación del intangible. Desafortunadamente ningún comentario fue presentado a la IRS en respuesta a lo anterior, y las regulaciones finales no agregaron ningún nuevo método específico respecto a las regulaciones temporales.

Este método fue desarrollado durante la redacción de la normatización estadounidense actual, pero no fue incluida en esta normatización en el momento en que fueron promulgadas. Este método es similar al utilizado por la corte fiscal de los EE.UU. en ciertos casos controversiales. Además, variantes de este método se han utilizado, aparte de precios de transferencia, para valorar intangibles con fines fiscales. Los lineamientos de la OCDE apoyan los conceptos económicos en los cuales el ERM se basa. Este método particularmente cuando se acopla a "normas de ajustes periódicos", proporciona confianza además de ser práctico, y es adecuado tanto para contribuyentes como la administración fiscal en casi cualquier situación donde el método CUT no puede ser aplicado.

Bajo este método, una remuneración en valor de mercado para una transferencia controlada de un intangible se determina analizando el rendimiento económico esperado por el cedente o por el cesionario, donde al descontar se refleja el valor del dinero en el tiempo y el costo de asumir los riesgos inherentes en las actividades bajo revisión. El método de rendimiento económico se basa en el principio general económico de que el cedente y el cesionario buscarán recobrar sus gastos relacionados con el desarrollo o uso del intangible, más una utilidad operativa consecuencia del capital invertido y el riesgo asumido. El concepto se muestra en la figura de abajo.



La tasa de descuento apropiada para usarse con el método de rendimiento económico debe ordinariamente ser el riesgo que controla el grupo ajustado al *costo ponderado promedio de capital* que refleja la estructura de capital del grupo, *costo de endeudamiento*, y el *rendimiento esperado* por los accionistas del grupo. Un contribuyente puede razonablemente demostrar que las decisiones de inversión de hecho se hacen

<sup>8</sup>Por sus siglas en inglés "Economic Return Method".

<sup>9</sup>Se explican posteriormente

utilizando una tasa tope, que puede ser también una tasa apropiada de descuento para usarse con este método. Posteriormente se darán ejemplos prácticos para aclarar lo anterior<sup>10</sup>.

Los lineamientos de la OCDE proporcionan la siguiente descripción respecto a este concepto:

La fijación de precios en valor de mercado para una propiedad intangible debe tomar en cuenta, para fines de comparabilidad, la perspectiva tanto del cedente de la propiedad como el cesionario. Desde la perspectiva del que transfiere, el principio de valor de mercado examinará el precio al cual una empresa comparable independiente desearía transferir la propiedad. En la perspectiva del cesionario, una empresa comparable independiente puede o no estar dispuesta a pagar tal precio, que dependerá del valor y utilidad de la propiedad intangible que tenga para el cesionario en su negocio.

Para determinar el rango o intervalo del valor de mercado para una tasa de pago de regalías bajo el ERM, debe hacerse uno de los tres análisis siguientes de rendimiento económico esperado por el cedente y el cesionario. La selección del análisis apropiado dependerá de que tan completa y exacta sea la información disponible y el grado al que este análisis proporcione una medida razonable de un monto en el valor de mercado bajo los hechos y circunstancias particulares de la transacción bajo revisión<sup>11</sup>.

#### *Análisis del rendimiento del cesionario en la inversión:*

La remuneración pagada por el cesionario ordinariamente no será mayor que un importe en valor de mercado si el valor presente descontado del flujo de caja anticipado que realizará el cesionario a través del uso (o subsecuente transferencia) del intangible durante la vida económica del intangible, iguala el valor presente descontado del capital invertido y los gastos incurridos por el cesionario en la puesta en marcha<sup>12</sup>. Este análisis generalmente es apropiado solamente donde la transferencia puede determinar con una exactitud razonable el flujo de caja anticipado que es directamente atribuible al uso o subsecuente transferencia del intangible bajo revisión. Esto puede ser relativamente directo cuando la transferencia ha sido organizada específicamente con el propósito de explotar el intangible bajo revisión, y en consecuencia, tener una simple línea de negocios directamente relacionada al intangible.

#### *Análisis del rendimiento del cedente:*

La cantidad recibida por el cedente ordinariamente no será menor que un monto en valor de mercado si el valor presente descontado de los importes que serán recibidos provenientes es igual a la suma de:

- Una asignación apropiada de la investigación y desarrollo o costos de adquisición incurridos por el cedente en conexión con el intangible transferido.
- Los costos de transferencia incurridos o en que se incurrirán al hacer el intangible disponible al cesionario; y
- Los costos incurridos o utilidades perdidas por el cedente como resultado de oportunidades de actividades lucrativas transferidas en conexión con la transacción bajo revisión.

<sup>10</sup> Ver ejemplos 3 y 4 en el capítulo de aplicación de los métodos.

<sup>11</sup> Este estándar, para seleccionar el análisis apropiado, es el mismo que para seleccionar un método bajo la regla del mejor método.

<sup>12</sup> Para este propósito, bajo las regulaciones estadounidenses, el flujo de caja anticipado debe tomar en cuenta los derechos, condiciones, y los términos enlistados en el reglamento 1.482-4(c)(2)(iii)(B)(2).

Este análisis de costos por parte del cedente generalmente es apropiado solamente donde el cedente puede determinar con una razonable exactitud los costos directos atribuibles al desarrollo del intangible examinado.

Los costos en el desarrollo de un intangible pueden no tener alguna relación con el valor justo y real en el mercado<sup>13</sup>. Algunos intangibles muy valiosos han sido desarrollados relativamente en un corto periodo de tiempo y/o con una inversión modesta de capital. De igual manera los intangibles comunes de rutina pueden haber estado en un nivel de desarrollo por un largo periodo de tiempo, y los costos de desarrollo pudieron haber sido substanciales. En consecuencia, la consideración de valor de mercado bajo el ERM generalmente no debe basarse solo en el análisis de los costos del cedente cuando:

- El rendimiento del cesionario en la inversión relacionada al intangible examinado puede ser determinado con una exactitud razonable;
- Los costos incurridos por el cedente para desarrollar el intangible no forman parte del valor aparente del intangible; y/o
- El intangible es solamente un subproducto o producto parcial del proceso principal del cedente.

En otros casos, sin embargo, una regalía basada en un análisis del rendimiento sobre los costos del cedente puede ser la mejor, aunque no perfecta, medida disponible para una cuantía en valor de mercado.

Cuando se utiliza el ERM, los costos de investigación y desarrollo deben incluir los costos de investigación básica y los costos directos e indirectos de desarrollo que están razonablemente relacionados al intangible en estudio. Donde es necesario determinar los costos verdaderos del cedente para desarrollar ese intangible, se deben considerar los costos de investigación y desarrollo relativos a productos o servicios similares del cedente sin tomar en cuenta si tales productos o servicios fueron desarrollados o vendidos con éxito. Los costos de transferencia deben incluir gastos legales, costos de viajes, costos de servicios de ayuda y subsidios que serán otorgados por el cedente, y los costos administrativos. Finalmente, la relevante pérdida de oportunidades a tomarse en cuenta deben limitarse a las actividades empresariales en las que el cedente estaba comprometido activamente, poco antes a la transferencia en revisión, con los costos o utilidades que puedan ser determinados con una aceptable exactitud.

#### *Análisis combinado del Cedente y cesionario*

Donde es razonable determinar los rendimientos económicos esperados de ambos, el cedente y el cesionario, entonces debe hacerse. Si el rendimiento esperado por el cedente y cesionario son relativamente similares, los dos cálculos pueden suministrar un rango razonable dentro del valor de mercado para la regalía controlada. Si los rendimientos esperados no son razonablemente similares, la diferencia debe ubicarse entre el cedente y el cesionario en acuerdo con la contribución económica proporcionada

<sup>13</sup>Sin embargo, no existe un vínculo necesario entre costos y valor. En particular, el valor justo real en el mercado de la propiedad intangible frecuentemente no es medible en relación a los costos involucrados en el desarrollo y mantenimiento de la propiedad. Ver lineamientos de la OCDE 6.26.

hecha por cada una de las partes en miras de la ganancia del ingreso total atribuible al intangible por medio de aplicar los conceptos del método de partición de utilidades.

### 6.5. El Estándar de Ingreso Conmensurado (The Commensurate-with-Income Standard)

Cuando un intangible es transferido dentro de un grupo controlado, el contribuyente debe determinar en el año de la transferencia el precio de transferencia en valor de mercado para ese intangible. Los métodos presentados anteriormente son utilizados para estos propósitos<sup>14</sup>.

La sección 482 del código fiscal estadounidense, fue enmendada por El Decreto de Reformas Fiscales de 1986 para requerir que el precio de transferencia pagado o recibido en conexión con la transferencia de un intangible sea conmensurable con el ingreso atribuible al intangible<sup>15</sup>. El objetivo de la corrección fue asegurar que la división del ingreso entre las partes relacionadas reflejaría razonablemente las actividades económicas relativas tomadas por cada uno. Desde su promulgación, el estándar de ingreso conmensurado ha creado gran interés además de confusión e incertidumbre.

La mayor confusión e interés sobre el estándar de ingreso conmensurado ha resultado de las expectativas o temores de los contribuyentes estadounidenses de que el IRS pudiera implementar los nuevos requerimientos decretados por ley al basarse solamente en la retrospectión para determinar el valor apropiado del valor de mercado. Los contribuyentes han dicho que basarse de este modo no sería consistente con la definición internacional de valor de mercado, y probablemente resultaría en una doble tributación por muchos contribuyentes estadounidenses<sup>16</sup>.

Los contribuyentes han enfatizado el hecho de que partes no relacionadas entran en arreglos de otorgar licencias basadas solamente en los hechos y circunstancias conocidas por ellos en el momento de la negociación. Además, las leyes de contratos y las prácticas comerciales generalmente dictan que las partes no relacionadas, habiendo entrado en un acuerdo, están limitadas por los términos y condiciones de ese acuerdo. La mayoría de los contribuyentes creen que tales acuerdos entre partes no relacionadas ordinariamente no incluyen estipulaciones para ajustes del precio de transferencia basado en circunstancias que ocurren después de que el acuerdo haya sido ejecutado.

El IRS cree que los arreglos contractuales entre partes no relacionadas, particularmente esos que involucran intangibles de alta rentabilidad, no están inmersos en contratos de largo plazo sin algún mecanismo que ajuste el arreglo si el rendimiento del intangible es significativamente mayor o menor de lo que se había anticipado. Esto puede ser un enfoque erróneo de las negociaciones reales para la obtención de la licencia de una parte no relacionada, sin embargo es un punto de vista fuertemente sostenido por el IRS.

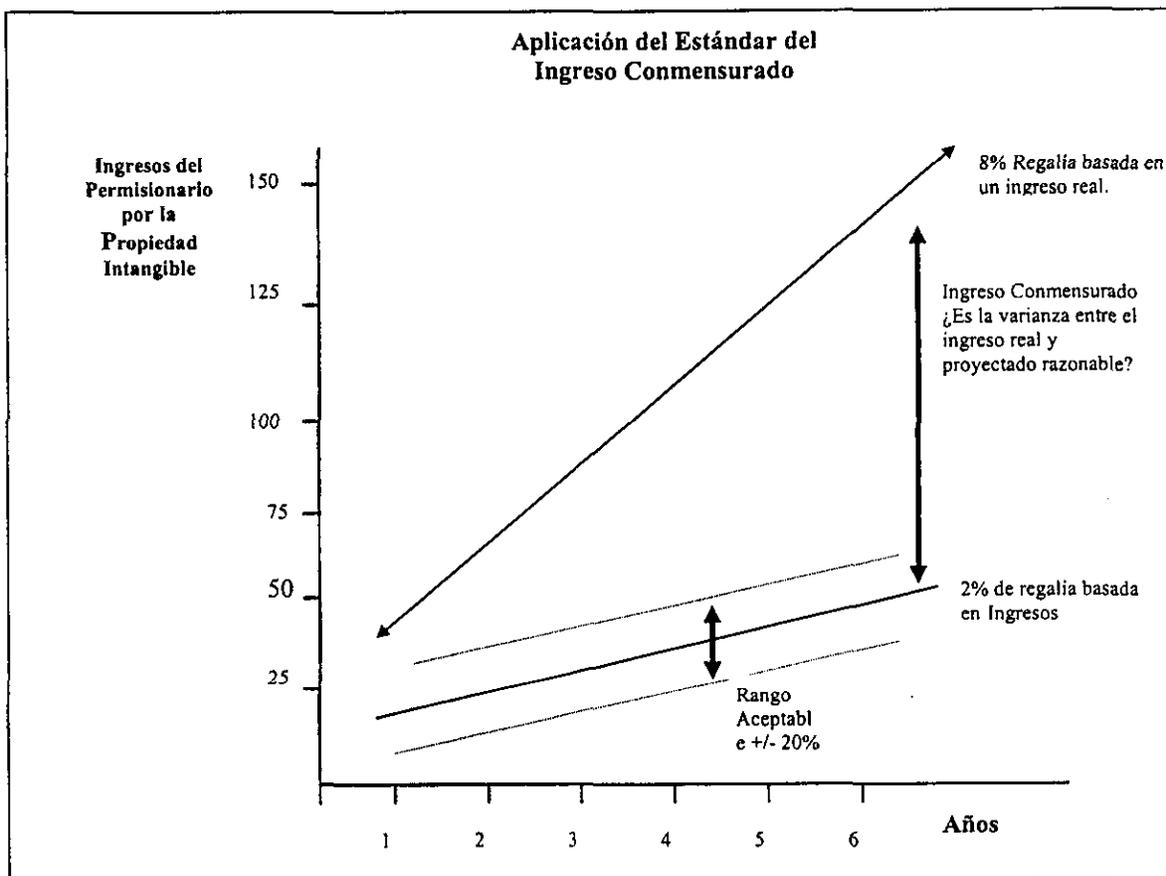
Las regulaciones estadounidenses proveen un margen de error presumiendo que el pronóstico inicial del ingreso anticipado fue suficientemente adecuado para propósitos de

<sup>14</sup>Sin embargo, para los años fiscales en los Estados Unidos después de 1986 los contribuyentes deben también determinar si ese precio de transferencia será conmensurable con el ingreso atribuible al intangible.

<sup>15</sup>Sección 123(e)(1) del Decreto de Reforma Fiscal de 1986 (P.L. 99-514)

<sup>16</sup>Los lineamientos de la OCDE severamente critican el uso de la retrospectión por las autoridades fiscales para evaluar el carácter de valor de mercado. La crítica va dirigida principalmente a los EE.UU. y regulación 482. Muchos países utilizan la retrospectión como una manera práctica de evaluar precios de transferencia; sin embargo, si se aplica correctamente, las regulaciones temporales y finales permiten su uso pero solo como un medio de evaluar razonablemente un precio de transferencia en el momento de que la transacción tuvo lugar.

determinar el precio de transferencia inicial en valor de mercado si el ingreso pronosticado no es menor al 80% del ingreso real ganado y no mayor al 120% del ingreso realmente ganado por el permisionario por el uso del intangible. Ver figura de abajo:



Las regulaciones estadounidenses temporales y finales intentaron conciliar el estándar de ingreso commensurado con el estándar de valor de mercado. Así, el comité pretende requerir que los pagos hechos por el intangible sean ajustados en el tiempo para que refleje cambios en el ingreso atribuible al intangible.

Los contribuyentes estadounidenses estaban en la posición de que las regalías entre compañías relacionadas podrían establecerse en las bases de normas industriales para la transferencia de intangibles menos rentables. La historia legislativa hace ver claro que una norma industrial para la transferencia de intangibles a partes no relacionadas no podría ser automáticamente usada para establecer el carácter de valor de mercado de una regalía entre compañías relacionadas sin una evidencia verdadera de comparabilidad.

El comité fiscal estadounidense pretende dejar en claro que las normas industriales u otras transacciones entre partes no relacionadas no proveen un pago mínimo como rango de error para la transferencia de intangibles entre partes relacionadas. Donde los contribuyentes transfieren intangibles con una utilidad potencial alta, la compensación por los intangibles debería ser superior que la del promedio o norma industrial.

Finalmente, con el estándar del ingreso commensurado se pretende reflejar las funciones desempeñadas y los costos sostenidos así como los riesgos asumidos por cada

una de las partes en la transacción, así la asignación dentro de un grupo controlado del ingreso real derivado del uso del intangible será hecho de acuerdo con la relativa contribución y riesgo, tomado por las partes. Un precio de transferencia de un intangible que resulta en tal asignación del ingreso atribuible al intangible está en valor de mercado e ingreso conmensurado.

Los lineamientos de la OCDE incorrectamente asumen que el estándar del ingreso conmensurado está primeramente destinados a permitir al IRS usar retrospectión para tratar con imponderables que pueden existir en el momento de la transferencia inicial de un intangible entre compañías relacionadas. Los lineamientos sugieren tres maneras de afrontar tales imponderables:

Primero, los lineamientos sugieren que el pago de regalía inicial para una licencia entre compañías relacionadas de un intangible debería estar basado en las mismas proyecciones de beneficios anticipados que serían utilizados por partes no relacionadas al establecer un pago de regalía en una transacción no controlada<sup>17</sup>. Esto es, de hecho, totalmente consistente con los principios de las reglas de ajustes periódicos en las Regulaciones 1.482-4(f)(2). El problema práctico, sin embargo, es obtener evidencia que pruebe que beneficios pueden haber anticipado las partes no relacionadas bajo circunstancias comparables. Los lineamientos no sugieren como pueden obtenerse estas proyecciones de partes no relacionadas. Por consiguiente esta sugerencia de la OCDE no será aplicable en la mayoría de los casos.

Segundo, los lineamientos de la OCDE sugieren que los contratos de corto plazo deberían ser usados por los contribuyentes. La suposición de los miembros de la OCDE presumiblemente era que la regalía sería ajustada solamente cuando la licencia expirara y fuera renovada. Alternativamente, los lineamientos sugieren que los contratos de licencias incluyan cláusulas de ajustes de precios que permitirían incrementos o decrementos en el pago de la regalía reflejando el comportamiento del mercado después de la transferencia inicial de un intangible<sup>18</sup>. De manera práctica, el uso de tales acuerdos y cláusulas es altamente recomendado debido a que ellos permitirán a los contribuyentes cumplir con las estipulaciones de ajustes periódicos de las regulaciones de la 482 sin antagonismo innecesario de autoridades fiscales no pertenecientes a los EE.UU.. Sin embargo, no sería prudente asumir que estos asuntos discutidos aquí puedan ser realmente resueltos solamente dando a los contribuyentes elección unilateral de ajustar o no ajustar las regalías basadas en los términos de los acuerdos de las partes relacionadas.

Finalmente, los lineamientos de la OCDE sugieren que el problema de incertidumbres futuras sea resuelto por medio de asignar todos los riesgos relacionados a los "desarrollos subsecuentes impredecibles" a una de las partes, y después ajustar el pago de regalía según sea el resultado, y consistente con lo que las partes no relacionadas harían en tales circunstancias. De hecho, no habría disputa si se supiera como las partes no relacionadas valúan y asignan estos riesgos, y por consiguiente como ellas ajustarían el pago de regalías.

Mientras que estos lineamientos no proveen ninguna guía práctica, al menos no son inconsistentes con el estándar de ingreso conmensurado en la 482, o las reglas de ajustes periódicos que implementan el estándar. De hecho, los lineamientos de la OCDE apoyan explícitamente estos principios de la 482.

<sup>17</sup>Lineamientos de la OCDE, 6.29.

<sup>18</sup>lineamientos de la OCDE 6.30

Se reconoce que una administración fiscal puede encontrar difícil establecer cuales beneficios eran razonablemente previsibles en el momento que la transacción se llevó a cabo. En particular, se debe considerar si las empresas asociadas pretendieron o hicieron proyecciones que empresas independientes habrían considerado adecuadas<sup>19</sup>.

Es razonable asumir que la mayoría de las autoridades fiscales cuestionarán las regalías pagadas entre compañías relacionadas cuando la proyección inicial de los beneficios sobre los cuales las regalías son basadas son substancialmente diferentes que los resultados reales que son obtenidos<sup>20</sup>.

#### 6.5.1. Ajustes periódicos

Es posible hacer ajustes si los ingresos no son commensurables con el intangible en cuestión. Imponer reglas de ajustes periodos permitirían, ajustar el precio de transferencia para un intangible en cualquier año fiscal en el cual el intangible ha sido disponible al permisionario controlado. Cualquier ajuste como este, debe ser consistente con el estándar del valor de mercado y debe tomarse en cuenta todos los factores y circunstancias a través del periodo de que el intangible es usado por el permisionario. Este último requerimiento tiene el propósito de prevenir un ajuste por las autoridades fiscales solamente en esos años cuando el ingreso proveniente del intangible es inusualmente alto sin tomar en cuenta otros años, antes o después del año fiscal bajo revisión, en el cual las ganancias por el intangible pueden haber sido inusualmente bajas. Este punto de vista a largo plazo, también previene a un contribuyente de reducir el precio de transferencia en un año fiscal cuando el ingreso por concepto del intangible esta por debajo de lo normal, sin tomar en consideración otros años cuando el ingreso de la transferencia ha sido, o puede ser, relativamente alto.

Los ajustes deben aplicar a ambos, a las transferencias internas del país y a las externas, y también a intangibles con utilidades potencialmente altas o bajas.

#### *Excepciones*

Ningún ajuste será hecho si el contribuyente puede demostrar que el precio de transferencia era en valor de mercado en el año cuando el intangible fue utilizado por primera vez por el permisionario. Para demostrar que el precio de transferencia refleja "la utilidad real lograda como consecuencia de la transferencia", se requieren que tal demostración refleje una razonable relación entre la utilidad esperada del permisionario, determinada en el momento de la transferencia inicial, y la utilidad real derivada por el permisionario producto de la explotación del intangible.

#### 6.5.2. *La norma del intervalo aceptado (The safe harbor rule)*

El criterio principal para establecer comparabilidad entre una transferencia controlada y una no controlada de un intangible, es el grado en el cual las transacciones controladas y no controladas tienen substancialmente la misma utilidad potencial en la transferencia. Con el fin de hacer la muestra requerida de comparación, el contribuyente debe haber tenido una proyección del ingreso esperado producto del uso del intangible por parte del permisionario controlado, y esta proyección debe haber sido razonable. Ambas regulaciones estadounidenses, las temporales y las finales, proveen un norma de intervalo aceptado, para determinar si la proyección fue razonable al ver la relación entre la utilidad

<sup>19</sup>Lineamientos de la OCDE, 6.33

<sup>20</sup>Regulaciones 4.82-4T(e)(2) y Regulaciones 482-4(f)(2).

anticipada y la realmente lograda por el permisionario. Para evitar un ajuste periódico para la regalía establecida en el año de la transferencia, el ingreso realmente ganado no debe ser menor al 80% y no mayor al 120% del total de los montos anticipados sobre los cuales la regalía inicial estaba basada<sup>21</sup>.

En general los contribuyentes deben:

- i. Tener por adelantado los términos de la transacción controlada en un acuerdo escrito, y
- ii. ser capaces de demostrar con documentación contemporánea que la regalía estaba en valor de mercado en el año de la transferencia.

Además, el contribuyente debe ser capaz de mostrar que no han habido cambios substanciales en las funciones desempeñadas por el permisionario controlado, excepto como puede ser requerido por eventos que no eran pronosticables en el momento de la transferencia.

*Otras excepciones.*

ningún ajuste será realizado si el carácter de valor de mercado de la transferencia controlada es probado con el método CUT, y si las transacciones no controladas que sirven como comparables involucran los mismos intangibles y substancialmente las mismas circunstancias<sup>22</sup>. Segundo, ningún ajuste periódico será hecho si el total de las utilidades reales ganadas por el permisionario cae fuera del intervalo aceptado y esta variación respecto a las utilidades proyectadas fue debida a eventos extraordinarios que estaban más allá del control de las partes y no pudieran haber sido razonablemente anticipadas en el momento de la transferencia inicial<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup>Ver Regs. 1.482-4T(e)(2)(ii)(A)(6) y -4T(e)(2)(ii)(B)(4) y Regs. 1.482-4(f)(2)(ii)(B)(6) y -4(f)(2)(ii)(C)(4).

<sup>22</sup>Regs. 1.482-4(f)(2)(ii)(A).

<sup>23</sup>Regs. 1.482-4(f)(2)(ii)(D). El Preámbulo Final sugiere que esta excepción se pretende aplicar en situaciones realmente extraordinarias tales como desastres naturales y humanos, pero no a eventos de rutina tales como la quiebra del mercado.

## CAPÍTULO VII APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS MÉTODOS PROPUESTOS

Los ejemplos siguientes aplican las metodologías propuestas del capítulo anterior, los casos son ficticios en circunstancias ideales y son situaciones que, con las debidas adecuaciones, podrían presentarse realmente.

### 7.1. Método de Transacción Comparable no Controlada (CUT<sup>1</sup>)

#### Ejemplo 1

##### *Antecedentes:*

Mory es una corporación Mexicana encargada del desarrollo, fabricación y venta de farmacéuticos en México y países extranjeros. Como resultado de sus esfuerzos en investigación y desarrollo en México, Mory descubrió la droga X, una droga eficaz y que no causa daño alguno para el tratamiento de la enfermedad XX, que es un problema de salud grave. Mory cree que la droga X es un adelanto significativo sobre otros tratamientos disponibles para la enfermedad XX, y ha obtenido patentes que cubren la droga X en México y en varios países. Mory no ha completado las pruebas clínicas necesarias para la droga X, y no ha obtenido todavía la autorización necesaria del gobierno para comercializar la droga en México u otro país.

##### *Comparables potenciales:*

Además de sus propias actividades en investigación y desarrollo, Mory activamente busca completar su línea de productos al obtener la autorización de partes no relacionadas cubriendo agentes farmacéuticos prometedores en el tratamiento de enfermedades humanas. Como parte de estos esfuerzos Mory obtuvo una licencia para hacer, utilizar y vender la droga Z en México, una droga no dañina y eficaz en el tratamiento de la enfermedad ZZ, que es un problema serio de salud. Esta licencia fue obtenida de una corporación extranjera llamada Ally, una compañía farmacéutica independiente que desarrolla la droga Z, y que mantiene patentes propias de la droga Z en México y en varios países en el extranjero. La droga Z representa un avance importante sobre otros tratamientos actualmente disponibles para la enfermedad ZZ, y bajo las "restricciones de uso" contenidas en los acuerdos de la licencia entre Mory y Ally, Mory puede usar o vender la droga Z solamente para uso del tratamiento de la enfermedad ZZ. Las pruebas clínicas en la droga Z no han sido completadas, y la venta de la droga todavía no ha sido aprobada por los gobiernos de México y de los otros países. Mory estima que, en los primeros dos Años de su introducción en México, la droga Z alcanzará ventas anuales por un mínimo de \$250 millones, y posteriormente ventas potenciales mayores. Mory además estima que la droga Z alcanzará un promedio anual de utilidades de las ventas en México de por lo menos \$75 millones sobre la vida útil de la droga. Basándose en las estimaciones de las utilidades potenciales de la droga Z, y al enfrentar las propuestas de licencia de competidores para A de otras compañías farmacéuticas no relacionadas con Mory o Ally, Mory acordó pagar a Ally una regalía del 10% sobre las ventas.

---

<sup>1</sup>De sus siglas en inglés "Comparable Uncontrolled Transaction Method".

*Transacción controlada #1:*

Durante este mismo periodo, Mory garantiza a su filial extranjera FE, de la que es dueña única, una licencia en perpetuidad para hacer, usar y vender la droga X en los países extranjeros pero solamente para su uso en el tratamiento de la enfermedad XX. Mory estima que con los primeros dos años de su introducción en el mercado extranjero, la droga X alcanzará ventas anuales de por lo menos \$250 millones, con ventas potenciales mayores de allí en adelante, y debe lograr una utilidad promedio anual de por lo menos \$75 millones de ventas en el mercado extranjero sobre la vida de la droga. Los convenios de la licencia proveen un pago de regalía del 10% de las ventas, basado en la cuota pagada por Mory a Ally por la licencia relacionada a la droga Z.

*Transacción controlada #2:*

Durante el mismo periodo, Mory también garantizó a FE una licencia en perpetuidad para hacer, usar, y vender la droga Y en países extranjeros, pero solamente para el uso en el tratamiento de la enfermedad YY. Mory es el descubridor y quién tiene la patente de la droga Y. La droga Y se compara a la droga X y Z en que las tres drogas están protegidas por patentes, tratan enfermedades delicadas, representa mejoras significativas sobre otros tratamientos disponibles para las enfermedades respectivas, se espera que alcance de ventas sean de al menos \$250 millones en los primeros dos años y ventas potenciales mayores posteriores, y se espera que alcancen utilidades anuales promedio de las ventas en sus mercados geográficos respectivos de por lo menos \$75 millones sobre sus vidas económicas. Sin embargo, en el tiempo en que la droga Y fue autorizada a FE, todas la pruebas clínicas habían sido completadas, y Mory había obtenido todas las autorizaciones gubernamentales necesarias para comercializar la droga Y para el tratamiento de la enfermedad YY. Para reflejar el hecho de que la droga Y fue autorizada en una etapa posterior de desarrollo que la de las drogas X y Z, y para compensar a Mory por los costos incurridos para obtener la autorización gubernamental, el pago de regalía de la droga Y fue puesta en 12% de las ventas.

*Análisis de comparabilidad:*

La licencia de la droga Z representa una transacción no controlada comparable para licencia controlada de ambas drogas X y Y, debido a que las tres drogas están protegidas bajo patente, tratan enfermedades humanas delicadas, representan mejoras significativas sobre otros tratamientos disponibles, se espera alcanzar rápidamente ventas importantes, y se espera alcanzar substancialmente las mismas utilidades promedio anuales en sus respectivos mercados geográficos. Los tres convenios sobre licencias otorgan a los permisionarios derechos similares en perpetuidad y contienen restricciones similares de uso. Basados en todos los hechos y circunstancias particulares, el 2% de diferencia en el pago de regalía por la droga Z compensa razonablemente a Mory por los costos adicionales incurridos en el desarrollo de la droga Z, y es un ajuste apropiado para el pago de regalía cargado a Z. Basado en este análisis de las utilidades potenciales de las drogas X, Y, y Z, el pago de regalías del 10% y 12% por la licencia de las droga X y Y, respectivamente, están en valor de mercado<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>Estos pagos de regalías estarían, de cualquier modo, sujetos a ajustes periódicos bajo las Regs. 1.482-4(f)(22) del código estadounidense. Ver el ejemplo 6.

## Ejemplo 2

### *Antecedentes:*

MEXCO es una corporación doméstica encargada de diseñar, fabricar, y vender maquinaria industrial en México. MEXCO ha desarrollado un amplio número de componentes patentados que están incorporados en sus productos principales. También hay un mercado secundario considerable para estos componentes como repuestos en la reparación y manutención de los principales productos de maquinaria de MEXCO. Tomados en conjunto, estos componentes contribuyen a las características distintivas de los productos de MEXCO, pero ninguno de los componentes individualmente constituyen el valor comercial esencial de los productos de MEXCO, y los competidores de MEXCO tienen componentes que desempeñan funciones similares en sus propios productos.

EFI es un filial extranjera, de la que MEXCO es dueña única, y que diseña, fabrica y vende maquinaria industrial en Europa. Los productos de EFI son diseñados especialmente para el mercado Europeo, y mientras estos son similares a los productos de MEXCO, los productos entre sí difieren en varios aspectos importantes. Sin embargo, algunos pero no todos los componentes de MEXCO y EFI son intercambiables con pequeñas o ningunas modificaciones.

### *Transacciones controladas:*

EFI está rediseñando varios de sus productos existentes y está desarrollando algunos nuevos productos. A este respecto, EFI desearía obtener de MEXCO la tecnología patentada para la fabricación y uso de los componentes A y B. EFI no utiliza actualmente ninguno de los componentes. El componente A es un artefacto de intercambio de calor que se usa para enfriar ciertos mecanismos incorporados en grandes ensambladoras de maquinaria industrial. El componente A incorpora una tecnología probada pero no patentada que es generalmente más eficiente que los componentes de intercambio de calor comúnmente incorporados en productos industriales de la competencia. Sumado a esto, MEXCO puede proveer soporte en ingeniería especializada al comienzo de la producción para asegurar una producción eficiente del dispositivo de intercambio de calor, así como modificar diseños de maquinaria particular de EFI.

El componente B es un dispositivo electrónico digital para el control automático de la operación de maquinaria industrial especializada. Este opera más rápido, es más confiable y tiene una mayor capacidad que los dispositivos análogos actualmente usados por EFI. El componente B involucra distintas patentes mexicanas y extranjeras, y requerirá un alto nivel de soporte técnico actual y continúa actualización técnica y software.

### *Comparables potenciales:*

MEXCO no autoriza a cualquier parte no relacionada a usar el componente A o el B, pero tiene 18 convenios de licencias con partes no relacionadas cubriendo una variedad de otros componentes. Después de revisar la tercera parte de las licencias, MEXCO determinó que 10 de estas licencias involucraban componentes que son razonablemente comparables a los componentes A y B en términos de sus características técnicas y valor comercial. Además, al usar una base de datos computarizada de documentos de compañías archivados con los Títulos y Comisiones de la Bolsa de Valores, MEXCO identificó 58 convenios adicionales de licencias potencialmente comparables entre partes no relacionadas. Después de una mayor revisión de estos acuerdos, MEXCO determinó que 28 de estos acuerdos involucraban componentes que eran razonablemente comparables a los componentes A y B

en términos de sus características técnicas y valor comercial. Así, MEXCO identificó un total de 38 licencias comparables entre compañías no relacionadas (10 acuerdos de MEXCO y 28 acuerdos ajenos a MEXCO).

*Análisis de comparabilidad:*

MEXCO determinó que el promedio del pago de regalías para el grupo de 38 acuerdos no controlados comparables era del 4% de las ventas. Además, MEXCO determinó que 14 acuerdos tenían pagos de regalías del 3%, y 18 acuerdos tenían un pago de regalías del 5% de las ventas. De los 6 acuerdos restantes, 4 tenían regalías del 1% o menos y 2 tenían regalías substancialmente mayores al 5%.

MEXCO hizo una revisión de los términos específicos de las 38 licencias comparables y determinó que las siguientes características parecían dominar los términos de los acuerdos:

- La transferencia de tecnología patentada,
- la transferencia de know-how no patentado,
- soporte técnico continuo,
- acceso a mejoramientos técnicos y actualización,
- la exclusividad de la licencia, y
- la edad de la tecnología y disponibilidad de alternativas.

Además MEXCO determinó que el 86% de la tercera parte de las licencias con una regalía del 5% tenían cuatro o más de estos seis factores, pero solamente el 12% de los acuerdos con el 3% de regalía tenían cuatro o más de estas características. MEXCO también concluyó que esas licencias con pagos de regalías menores al 3% o más del 5% tenían términos y condiciones significantes que eran únicas y hacían tales acuerdos de licencia no lo suficientemente comparables para garantizar su consideración posterior.

Los acuerdos de las licencias entre MEXCO y EFI para ambos componentes A y B:

- i. proveerán a EFI con el derecho exclusivo de usar estos dos componentes en Europa,
- ii. involucrarán la transferencia de procesos de know-how no patentado, y
- iii. proveerán soporte técnico actual.

No obstante, solamente la licencia para el componente B involucrarán tecnología patentada y acceso a mejoras técnicas y actualización. Además, el componente B representa tecnología de punta mientras que la tecnología del componente A es algo obsoleta. En base a estos análisis de transacciones no controladas comparables que involucran substancialmente componentes similares bajo condiciones y términos similares, MEXCO determinó que una regalía en valor de mercado para el componente A sería del 3% de las ventas, y una regalía en valor de mercado para el componente B sería del 5%.

## 7.2. Método de Rendimiento Económico (ERM<sup>3</sup>)

### Ejemplo 3

#### Antecedentes:

PE es una corporación extranjera que diseña, maquila y vende productos XX en su país de origen, sus productos no se conocen en México. PE desea maquilar y vender sus productos en México. Por tal motivo PE incorpora SMEX, una compañía mexicana, como una filial de la que es dueña mayoritaria. PE invierte el capital necesario en SMEX para habilitar la filial y construir la fábrica maquiladora y proveer un capital de trabajo adecuado a sus actividades empresariales.

PE entra en un convenio de licencia con SMEX que permitirá a esta última utilizar el proceso de manufactura de la primera para fabricar el producto XX en México. En 1998, SMEX invertirá \$120 millones en producción, almacenamiento, instalaciones y capital de trabajo con el fin de comenzar a fabricar y vender el producto XX. SMEX tendrá la responsabilidad de la calidad del producto XX que produce. Además, SMEX empleará su propio personal de ventas y mercadotecnia para desarrollar y ejecutar un plan de mercadotecnia para vender el producto XX en México.

PE estima que el flujo de caja antes de impuestos de SMEX por la fabricación y venta del producto XX en los primeros diez años será como sigue:

ANOS	1	2	3	4-7	8-10
INGRESOS	5,000	45,000	65,000	70,000	55,000
COSTOS VARIABLES	1,000	9,000	13,000	14,000	11,000
GASTOS DE VENTAS	750	6,000	4,500	5,000	5,000
FLUJO DE CAJA ANTES DE REGALÍAS	3,250	30,000	47,500	51,000	39,000

#### Cálculo del pago de regalía:

PE desea determinar una regalía apropiada dentro del valor del mercado basado en el valor presente del flujo de caja esperado de SMEX como sigue:

#### Paso uno:

PE determina que la tasa apropiada de descuento es su costo ponderado promedio de capital "WACC" determinado por el modelo de fijación de precios de activos "CAPM"<sup>4</sup>. PE determina que:

- i. Su relación de deuda capital es de 40%
- ii. El interés del activo "libre de riesgo" llevado a 10 años es de 7.4 %
- iii. La tasa de interés a 10 años de la deuda del corporativo es de 8.6%
- iv. El valor histórico del premio al riesgo en el mercado es de 8.4 %, y
- v. El coeficiente de riesgo específico de la industria (beta) para PE es de 1.15.

Por lo tanto, la tasa de descuento apropiada es igual al costo de capital de la empresa PE antes de impuestos, determinado con el CAMP, calculado como sigue:

<sup>3</sup>De sus siglas en inglés "Economic Return Method".

<sup>4</sup>De sus siglas en inglés "Capital Asset Pricing Model". Este modelo se describe en los textos típicos de administración o economía financiera.

$$CA = \frac{f + \beta \times p}{1 - t}$$

donde:

CA = Costo del activo  
 f = tasa libre de riesgo  
 $\beta$  = coeficiente de riesgo específico de la industria  
 p = premio al riesgo  
 t = tasa de impuestos sobre utilidad

$$CA = \frac{7.4\% + 1.15 \times 8.4\%}{1 - 34\%}$$

$$CA = 25.85\%$$

$$WACC = 0.6 \times CA + 0.4 \times i$$

Donde:

WACC = Costo promedio ponderado de capital  
 i = costo de la deuda

$$WACC = 0.6 \times 25.85\% + 0.4 \times 8.6\%$$

$$WACC = 18.95\%$$

*Paso dos:*

Para determinar el pago de la regalía en valor de mercado, PE calculó el valor presente de SMEX del flujo de caja antes de regalías, usando una tasa de descuento del 18.95%, lo que significó \$156.9 millones. De esta manera, el valor presente de la regalía en valor de mercado a pagar por SMEX a PE es \$36.9 millones; es decir 156.9 millones menos una inversión inicial de 120 millones de capital hecha por SMEX en instalaciones y capital de trabajo. Este pago de regalía del 16.85% sobre las ventas proveerá un pago en valor de mercado en un periodo de diez años, determinada como sigue:

$$PR = \frac{VP_{fc} - C_i}{VP_v}$$

Donde:

PR = Pago de Regalía  
 $VP_{fc}$  = Valor presente de flujo de caja  
 $C_i$  = Capital de inversión inicial  
 $VP_v$  = Valor presente de las ventas

Sustituyendo:

$$PR = \frac{156.9 \times 10^6 - 120 \times 10^6}{219.5 \times 10^6}$$

$$PR = 16.85\%$$

#### Ejemplo 4

##### *Antecedentes:*

MEXTEL es una compañía de telecomunicaciones que diseña, fabrica, y vende una amplia gama de productos en equipo de telecomunicaciones en México. Esta tiene fábricas en cinco ciudades de la República Mexicana, y tiene un laboratorio de investigación y desarrollo en sus oficinas principales. El éxito de MEXTEL en el mercado puede atribuirse a su superioridad técnica de sus productos, y a su experiencia en diseño de sistemas de comunicaciones que combina sus propios productos con productos de comunicaciones provenientes de otras compañías en un sistema integrado que alcanza las específicas necesidades y las especificaciones de sus clientes.

ETEL es una filial en el extranjero de MEXTEL, que fabrica equipo de comunicaciones, y diseña y vende sistemas de comunicaciones para clientes exclusivos en Europa. Ésta tiene fábricas y personal para diseño de sistemas en cinco países diferentes de Europa. Además, ETEL tiene centros de ventas y servicios localizados en 16 diferentes países de Europa. ETEL diseña sistemas utilizando equipo adquirido de MEXTEL, equipo que ETEL misma fabrica bajo licencia de uso de propiedad tecnológica otorgada por MEXTEL, y equipo adquirido de una compañía europea de telecomunicaciones no relacionada.

MEXTEL recientemente ha desarrollado un nuevo equipo interruptor telefónico fabricado con tecnología de punta, equipo superior en términos de capacidad y velocidad. Este nuevo equipo fue desarrollado por un grupo de investigación y desarrollo en los dos años anteriores con un costo de 18 millones de pesos. MEXTEL ha conseguido las patentes mexicanas y extranjeras para el nuevo equipo, pero estima que, debido al rápido avance de la tecnología en su industria, esta tecnología tendrá una vida económica de tan solo cinco años. MEXTEL venderá este equipo en México y el resto de América donde se estima que en los cinco años de vida del producto venderá 750 unidades como un componente de un sistema completo de telecomunicaciones. En este periodo de cinco años, MEXTEL gastará anualmente un adicional de 2 millones de pesos para actualizar y perfeccionar el nuevo equipo.

MEXTEL quiere que esta tecnología este disponible para ETEL para que comience inmediatamente a vender el equipo en Europa. En los cinco años de vida del equipo, ETEL estima que fabricará y venderá 425 unidades. Para hacer esta tecnología disponible a ETEL, MEXTEL proveerá de asistencia técnica con un costo estimado de 250,000 U.M. en el primer año, y costo anual en los próximos cuatro años de 50,000 U.M.. MEXTEL estima que ETEL al fabricar el nuevo equipo reducirá sus importaciones directas de MEXTEL del equipo actual. Como consecuencia, MEXTEL estima que perderá 10 millones por año en utilidades que hubiera ganado si se hubieran efectuado tales exportaciones

Antes de que MEXTEL pueda empezar el proyecto de investigación que resulte en el desarrollo del nuevo equipo, esta tiene que obtener la aprobación de sus directores para la inversión del proyecto de investigación. Los directores tienen la política de invertir en proyectos de investigación solo si se espera obtener una tasa interna de retorno de por lo menos 18%, que es el costo de capital estimado para MEXTEL. Los fondos para el proyecto del nuevo equipo fue aprobado por la barra de directores basado en un detallado reporte que incluía un análisis de:

- i. Costos anticipados de investigación y la probabilidad de éxito en esta investigación
- ii. La inversión en equipo nuevo necesario para la fabricación del nuevo equipo, si es que la investigación resultara favorable, y
- iii. un plan de mercadotecnia y ventas que incluiría estrategia para penetrar en el mercado y un pronóstico anticipado de las ventas en toda América y Europa.

*Cálculo del pago de la regalía:*

MEXTEL determinó que, con el objeto de recuperar una porción apropiada de los costos de desarrollo del nuevo equipo más los costos de transferencia y pérdida de oportunidad relacionados con la licencia de ETEL, el valor presente de los pagos por regalías recibidos de ETEL deben igualar los 40.37 millones de pesos, que se determinaron de la siguiente manera:

*Primer paso:*

Destinar los costos debidos a la investigación y desarrollo inicial, basado en el número de unidades de producción hechas por ETEL en relación al total de unidades a producir, obteniéndose 6.5 millones de pesos:

$$ID_{E TEL} = \frac{UP_{E TEL}}{UP_{TOTAL}} \times C_{ID}$$

Donde:

$ID_{E TEL}$  = Proporción del Costo de Investigación y Desarrollo de la producción de ETEL.

$UP_{E TEL}$  = Unidades Producidas por ETEL

$UP_{TOTAL}$  = Unidades Producidas en Total por MEXTEL Y ETEL

$C_{ID}$  = Costo de Investigación y Desarrollo Inicial

$$\frac{425}{425 + 750} \times (18 \times 10^6) = 6.5 \times 10^6$$

*Paso dos:*

Determinar el valor presente de la porción propia de investigación continua para actualizar y perfeccionar el equipo, en relación de unidades producidas por ETEL que descontada a una tasa del 18% resulta 2.26 millones de pesos, calculado como sigue.

$$IC_{E TEL} = \frac{UP_{E TEL}}{UP_{TOTAL}} \times VP_{lic}$$

Donde:

$Ic_{ETEL}$  = Proporción de Investigación continua de ETEL.

$UP_{ETEL}$  = Unidades Producidas por ETEL

$UP_{TOTAL}$  = Unidades Producidas en Total por MEXTEL Y ETEL

$VP_{ic}$  = Valor presente de los costos de la investigación continua de los cinco años de la patente.

$$\frac{425}{425 + 750} \times (2 \times 10^6) (P / A, 18\%, 5) = 2.26 \times 10^6$$

*Paso tres:*

El valor presente de los servicios de soporte técnico que se proveerá, descontado a una tasa del 18% por año resulta 326,000 de pesos, calculado como sigue

$$ST_{ETEL} = VP_{ST}$$

Donde:

$ST_{ETEL}$  = Soporte Técnico requerido por ETEL.

$VP_{ST}$  = Valor Presente del Soporte Técnico recibido por ETEL en los cinco años (250,000 en el primer año y 50,000 en los subsecuentes.

$$250,000 (P / F, 18\%, 1) + 50,000 (P / A, 18\%, 4) = 326,000$$

*Paso cuatro:*

El valor presente de las utilidades no realizadas asociadas con las pérdidas de ventas de exportación, a una tasa del 18% resulta ser 31.27 millones de pesos, calculado como sigue.

$$Up_{ETEL} = VP_{Up}$$

Donde:

$Up_{ETEL}$  = Utilidades no realizadas debido a las perdidas de las ventas de exportación

$VP_{Up}$  = Valor Presente de las Utilidades no realizadas por la pérdida de las ventas de exportación.

$$10 \times 10^6 (P / A, 18\%, 5) = 31.27 \times 10^6$$

*Paso cinco:*

La suma de los valores presentes anteriores es igual a:

$$\Sigma = 40.37 \times 10^6 \text{ pesos}$$

Que equivalen a cobrar una regalía de aproximadamente 95,000 pesos por cada unidad del nuevo equipo producido y vendido por ETEL. Bajo el método de rendimiento económico, esta cantidad sería un regalía dentro del principio del valor de mercado.

### 7.3. Análisis combinado

#### Ejemplo 5

##### *Antecedentes:*

Los factores son los mismos que el ejemplo 3 de este capítulo. Pero además PE incurre con 40 millones de pesos para desarrollar el producto XX. PE proveerá a SMEX con asistencia técnica en los dos primeros años de producción con un costo anual para PE de 25,000 pesos. Por el momento PE no tiene ventas de exportación del producto XX en México. PE anticipa que el mercado de México para el producto XX representará aproximadamente las dos terceras partes del mercado total.

##### *Cálculo del pago de regalías:*

Utilizando el análisis combinado bajo *el método de rentabilidad económica*, una regalía dentro del principio de valor de mercado para el proceso de fabricación utilizada para la producción del producto XX sería del 12.33%, determinada como sigue:

##### *Paso uno:*

PE determina que una regalía en valor de mercado basada en un análisis de un rendimiento sobre una inversión en SMEX sería de 16.85%. El valor presente de esta regalía dentro del principio de valor de mercado, descontada a 18.95%, sería de 36.98 millones de pesos.

##### *Paso dos:*

PE determina que una regalía dentro del principio de valor mercado basada en un análisis de un rendimiento de sus propios costos sería del 12.23%, calculada como sigue:

1. La asignación proporcional para el mercado de México en relación a los costos de la investigación inicial sería de 26.8 millones de pesos que se obtiene de:

$$\frac{2}{3} \times (40 \times 10^6) = 26.8 \times 10^6$$

2. El valor presente de la asistencia técnica proporcionada por PE, descontada al 19.95% es \$39,000.

$$25000(P / A, 18.95\%, 2) = 39000$$

3. Una regalía del 12.23% producirá un valor presente de 26.84 millones (26.8 millones + 39,000).

$$(26.8 \times 10^6) + 39,000 = 26.84 \times 10^6 = 12.23\% \text{ Anual}$$

##### *Paso tres:*

La regalía dentro del principio de valor de mercado se determina asignando la diferencia entre 36.98 millones y 26.84 millones de pesos de PE y SMEX aplicando los principios de las normas 1.482-6, como sigue:

1. FP determina el capital empleado por PE y SMEX en conexión con el desarrollo, producción y venta del producto XX en México como sigue:

	PE	SMEX	Combinado
Capital tangible	5	120	125
Capital Intangible	22	0	22
Capital total	27	120	147
Por ciento del capital total	18%	82%	100%

2. El pago de regalías en valor de mercado es igual a 13.06%, el cual es igual a la regalía determinada en el paso uno (12.23%) incrementado por 0.83% (18% x (\$36.98 millones - \$26.84 millones), expresado como un por ciento del valor presente de las ventas de SMEX (\$219.5 millones).

#### 7.4. Aplicación del Estándar de Ingreso Conmensurado

##### Ejemplo 6.

Aplicación de los métodos del Ingreso Conmensurado y el CUT

##### Antecedentes:

Asuma que MEXES es una corporación encargada del desarrollo, fabricación y venta de fármacos en México y países extranjeros. MEXES descubre la droga X para el uso en el tratamiento de la enfermedad XX. En 1993, MEXES también obtiene de AFE, una compañía extranjera no relacionada e inmersa en la industria farmacéutica, una licencia para fabricar y vender la droga Z en México para usarla en el tratamiento de la enfermedad ZZ, la droga Z alcanzará ventas anuales de por lo menos 250 millones de pesos, con ventas potenciales superiores en los años subsecuentes. MEXES además estima que la droga alcanzará un promedio anual de utilidades de las ventas en México de por lo menos \$75 millones sobre la vida de la droga z. Basado en estas estimaciones, y al comparar las ofertas de la competencia de compañías mexicanas no relacionadas a MEXES o AFE que desean obtener la licencia. MEXES acuerda pagar a AFE una regalía del 10% de las ventas.

En 1993, MEXES otorgó a su filial extranjera FE, de la que es dueña única, una licencia para fabrica y vender la droga X en países extranjeros. M estima que dentro de los dos primeros años de su introducción dentro del mercado extranjero, la droga X alcanzará ventas anuales de por lo menos 250 millones de pesos, con ventas potenciales superiores en lo venidero, y deberá lograr un promedio anual de utilidades de al menos \$75 millones de pesos de ventas en el mercado extranjero durante la vida útil de la droga. El contrato de la licencia estipula una regalía del 10% sobre las ventas, basado en la tasa pagada por MEXES a AFE por la licencia relacionada a la droga Z.

La licencia del fármaco Z representa una transacción comparable no controlada para la licencia controlada del fármaco X debido a que ambas drogas están protegidas por una patente, tratan enfermedades humanas de seriedad, representan mejoras significantes sobre

otros tratamientos disponibles, se espera que logren ventas significativas rápidamente, y se espera que logren substancialmente el mismo promedio anual de utilidades en sus respectivos mercados geográficos. Ambos contratos de licencias dan a los permisionarios derechos similares en perpetuidad y contienen restricciones similares de uso. Basado en este análisis de las utilidades potenciales de las drogas X y Z, el pago de regalía del 10% por la licencia de la droga X está en valor de mercado.

*Situación 1:* Para el año fiscal de 1995, se examina el carácter de valor de mercado de los contratos de otorgamiento de licencia entre MEXE y FS y se determina que:

- i. No ha habido cambios significantes en las funciones desempeñadas por FE desde 1993,
- ii. las ventas de la droga X en 1993 y 1994 son por \$245 millones y \$255 millones, respectivamente, y
- iii. el promedio anual de utilidades logradas de las ventas del fármaco X para el periodo de 1993 a 1996 fue de \$80 millones de pesos.

Asumiendo que todos los requerimientos de la regla del intervalo rango aceptable han sido cumplidos, la regalía en valor de mercado para la droga X en 1996 es del 10%.

*Situación 2:* La aceptación inicial de la droga X en el mercado fue decepcionante, y las ventas de la droga X fueron solamente de \$100 millones en 1993. Los gastos de publicidad y promoción se incrementaron significativamente, y las utilidades iniciales de la droga X fueron disminuidas. Para 1995, sin embargo, las ventas anuales de la droga X habían incrementado a las expectativas de \$250 millones, y las utilidades anuales para 1995 y 1996 fueron de \$70 millones y 82 millones respectivamente. Debido a que continúa siendo razonable esperar que las utilidades que se ganarán de la droga X sobre su vida comercial estarán dentro del rango aceptable, la regalía en valor de mercado para la droga X en 1995 es 10%.

*Situación 3:* La aceptación inicial de la droga X en el mercado fue decepcionante, y las ventas de la droga X fueron solamente de \$100 millones en 1993. Los gastos de publicidad y promoción se incrementaron significativamente, y las utilidades iniciales de la droga X fueron disminuidas. Para 1996, las ventas anuales de la droga X continuaron por menos de los 250 millones, y el promedio de las utilidades anuales de 1993 a 1996 fueron solamente de 45 millones. No es razonable esperar que las utilidades que se ganen de la droga X sobre su vida comercial estará dentro del intervalo o margen aceptable, y el director de distrito puede concluir que la licencia de la droga Z no es un comparable como transacción no controlada y que la regalía en valor de mercado para la droga X en 1996 no es del 10%.

## **Ejemplo 7**

Aplicación del ingreso conmensurado y el ERM.

### *Antecedentes:*

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3. Asuma que el contrato de licencia entre PE y SMEX para el producto XX fue llevado a cabo en 1992 y en el momento de su ejecución, los acuerdos en la licencia alcanzaron todos los requerimientos. Para el año de

1996, el director del distrito estará examinando el carácter de valor de mercado de la regalía dada en el contrato. El director de distrito determina que el valor presente del flujo de caja de las ventas de SMEX del producto XX de 1992 a 1996, a una tasa de descuento del 18.95% es de 128.7 millones, es decir el 82% del flujo de caja anticipado para este periodo cuando los acuerdos de licencia fueron ejecutados en 1992. Así, la regalía en valor de mercado para el producto XX continúa siendo 16.85%, y no es apropiado para 1996 un ajuste por el director de distrito.

### **Ejemplo 8**

Aplicación del ingreso conmensurado y el ERM

#### *Antecedentes:*

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 3, excepto que el valor presente del flujo de caja de las ventas del producto XX de SMEX de 1992 a 1996, descontados a una tasa del 18.95%, fue solamente \$97.28 millones, o 62% del flujo de caja anticipado para ese periodo cuando el contrato para la regalía fue llevado a cabo en 1992. Así, el 16.85% no fue una regalía en valor de mercado, y el director de distrito puede ajustar la regalía pagada por SMEX para reflejar el valor presente del flujo de caja real ganado por SMEX.

### **Ejemplo 9**

Aplicación del ingreso conmensurado y el ERM

#### *Antecedentes:*

Los hechos son los mismos que en el ejemplo 4. Asuma que el contrato de licencia entre MEXTEL y ETEL para el equipo de intercambio fue llevado a cabo en 1992 y en el momento de su ejecución, el contrato alcanzó todos los requerimientos. Para el año fiscal de 1996, el director de distrito examinó el carácter de valor de mercado de la regalía dados en ese contrato, y determina que los costos reales de desarrollo del nuevo equipo de intercambio era de 22 millones de pesos, y que las unidades reales de producción eran de 2,500, de las cuales 850 eran producidas por MEXTEL. El director de distrito también determinó que la investigación anual realizada y los gastos actualizados incurridos por MEXTEL eran de 3.5 millones de pesos. El director de distrito puede recalcular la regalía en valor de mercado para el equipo de intercambio utilizando estos costos reales para determinar si la regalía original cumple con las regulaciones estadounidenses 1.482-4(f)(2)(ii)(C)(4).

## Conclusiones

El tema de pagos de regalías involucra una gran cantidad de casos diferentes, por lo que resulta extenso, y al desarrollar un tema de esta índole resultó difícil tratar de limitar y generalizar la información.

La naturaleza de los intangibles es variada y tratar de identificar y definir cada caso resultaría en un trabajo titánico. El tema es subjetivo, por lo que la experiencia del analista resulta indispensable para que sea capaz de defender su punto de vista. Esto último es muy importante, ya que en el futuro diferentes casos de pagos de regalías se encontraran en disputa en cortes fiscales, y las diferencia de criterios serán marcadas dado lo nuevo que es el tema en México y en el mundo. Esto último se reafirma con la condición mundial, donde los gobiernos hasta ahora difícilmente han podido resolver este problema tan controversial de los intangibles.

El objetivo se ha cumplido ya que en una obra de extensión media, se ha podido abarcar, documentado en nuestro idioma de forma breve, el tema de precios de transferencia, su historia, sus generalidades y su aplicación en la Ley Mexicana.

Se logró desarrollar el tema de los intangibles, se definió quien tiene el derecho de propiedad en su creación, desarrollo o en su transferencia, y se clasificaron conforme a los Lineamientos de la OCDE y el IRS de los EE.UU..

Además, y muy importante, los métodos expuestos permitirán al analista valerse de una herramienta poderosa y de bases sólidas para determinar el precio de una regalía.

Por último el analista de precios de transferencia, como se pudo observar, debe ser un gran conocedor de las leyes comerciales y fiscales que involucran una operación internacional. También debe ser un conocedor de economía, planeación y de diferentes procesos industriales y administrativos, que le permitirán identificar el riesgo en los diferentes entornos económicos y las diferentes estructuras que los grupos multinacionales utilizan para aumentar su eficiencia respecto a impuestos. Además, el analista deberá ser capaz de identificar peroraciones de las que se valen las empresas y los grupos multinacionales para reducir sus costos y maximizar ganancias, sin que éstas tengan que ser con fines fiscales. El analista podrá asesorar, para estructurar en el futuro a estos grupos, y de esta manera se comporten conforme a la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

Bettinger Barrios Herbert. Precios de Transferencia, sus Efectos Fiscales. Quinta Edición ISEF. Enero de 1997.

OECD. Transfer Pricing Guidelines. OECD. Marzo 1996.

OECD. Model Convention. OECD. Septiembre 1995.

OECD. Transfer Pricing Guidelines For Multinational Enterprises and Tax Administrations, Discussion Draft of Part I. OECD Committee on Fiscal Affairs. 1994

A special supplement to International Tax Review Publishes in conjunction. Transfer Pricing - an International Guide. Euromoney Publications PLC. Abril 1997.

Peña Horacio. Métodos de Precios de Transferencias y su Aplicación Práctica. IFA, Grupo Mexicano. Abril 1997.

Aguirre Lince Carlos. Tesis: Introducción a los Precios de Transferencia. Universidad Panamericana. 1995.

Carlos Navarrete Arjona. Tesis: Precios de Transferencias. Universidad Nacional Autónoma de México.

James R. Mogle. Transfer Pricing Special Report. Tax Managment Inc. Mayo 1997

Final 482 Regulations 97FED. USA Internal Revenue Code.

Manuel Urrutia Raola. Diccionario de Negocios, Inglés-Español. Primera Edición Limusa. 1995

Konrad Fischer Rossi. Diccionario Empresarial. Limusa. 1992

# ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

ANEXO I  
PRINCIPIO DE VALOR DE MERCADO  
Extracto de los Lineamientos de La OCDE

## Estatuto del Principio de Valor de Mercado

El principio de valor de mercado es enunciado en el artículo 9 párrafo 1 del Modelo de Convención Fiscal de la OCDE, el cual es la base de convenciones fiscales bilaterales entre países miembros de la OCDE y día con día de más países no miembros:

### Artículo 9

*"Cuando dos empresas asociadas están dentro de sus relaciones comerciales o financieras ligadas por sus condiciones convenidas o impuestas, que difieren de aquellas que serían convenidas entre las empresas independientes, las utilidades que, sin estas condiciones, hubieran sido logradas por una de las empresas, pero no pudieron ser a causa de esas condiciones, podrían ser incluidas en las utilidades de esta empresa y gravadas en consecuencia"*<sup>1</sup>

A este respecto, proceder a un ajuste de las utilidades en las condiciones que prevalecerían entre empresas independientes en transacciones comparables y en circunstancias similares, el principio de valor de mercado adopta la postura de tratar a los miembros de un grupo multinacional como entidades distintas y no como partes inseparables de una misma empresa. Al proceder de esta manera, se enfoca la atención en la naturaleza de las transacciones entre los miembros de estos grupos multinacionales.

Una de las razones principales de los países miembros y no miembros de la OCDE de utilizar el principio de valor de mercado es que este principio provee una herramienta poderosa de tratar a los grupos multinacionales y empresas independientes por igual, poniéndolos en circunstancias equiparables para el pago de impuestos, evitando la creación de ventajas o desventajas fiscales que distorsionan la relativa competencia.

Aunque hay muchas razones para basarse en la utilización de este principio, hay un aumento significativo de casos en el que este principio es difícil de utilizar, por ejemplo, en grupos multinacionales que funcionarán integralmente en la producción de bienes altamente especializados con intangibles únicos o que proveen servicios especializados.

Para algunos, el principio de valor de mercado presenta deficiencias intrínsecas por que no toma en cuenta las economías de escala y las interacciones entre diversas actividades que resultan de la integración de las empresas. Sin embargo, no existe una amplia aceptación de criterio objetivo de ubicar a las economías de escala o beneficiarios de una integración entre empresas asociadas. Las posibles alternativas a esta controversia se discute posteriormente.

Otro problema enfrentado en la práctica por el principio de valor de mercado es que las empresas asociadas adquieren compromisos con transacciones en las que empresas independientes no se comprometerían. Tales transacciones no necesariamente estarían motivadas por la evasión fiscal pero pueden ocurrir por que las empresas dentro de un mismo grupo se desenvuelven dentro de un contexto comercial diferente al de aquellas empresas independientes. Por ejemplo una empresa independiente puede no desear vender un intangible (por ejemplo el derecho de explotar el fruto de toda futura investigación) a un precio fijo si la utilidad potencial del intangible puede que no esté adecuadamente estimada y existen otros medios de explotar el intangible. En este caso, una empresa independiente desearía no arriesgar el derecho que tiene de vender por que el precio puede no reflejar el potencial altamente rentable del intangible. De la misma manera el propietario de un intangible puede dudar en autorizar a una empresa independiente a explotar este bien bajo licencia por el temor de que el valor de este intangible sea degradado. En contraste, el dueño del intangible puede ofrecerlo a sus empresas asociadas en términos menos restrictivos debido a que el uso del intangible puede ser supervisado de mejor manera. En una transacción de este tipo no hay riesgo en la utilidad conjunta del grupo multinacional. Una empresa independiente en las mismas circunstancias podría explotar el intangible por sí sola, transferirlo bajo licencia a otra empresa independiente por un tiempo limitado o posiblemente en un acuerdo bajo el pago de regalías. Sin embargo, siempre existe el riesgo de que un intangible no responda a las expectativas de como fue valuado. Por lo anterior, una empresa independiente debe decidir entre vender el intangible y así disminuir el riesgo y salvaguardar lo ganado, o explotar el intangible y afrontar el riesgo de que la utilidad pueda variar de lo que pudo ganarse si se hubiera vendido. Aunque las empresas independiente rara vez se involucran en transacciones del tipo de empresas asociadas, el principio de valor de mercado es difícil de aplicar, debido a que hay poca o a veces nula evidencia de las condiciones que habrían sido establecidas entre partes independientes.

En ciertos casos la aplicación de este principio puede resultar una carga administrativa tanto para el contribuyente como para las autoridades fiscales al tener que evaluar operaciones tan numerosas como variadas. Además es necesario conservar toda la documentación que sea posible dado que las autoridades pueden tardar varios años en hacer alguna investigación y las circunstancias para entonces habrán cambiado. Además la información necesaria para la aplicación de este principio puede ser difícil de obtener, ya sea por la ubicación o bien por que suele ser información confidencial.

Pero a pesar de lo anterior los países miembros de la OCDE apoyan este principio y están de acuerdo que toda transacción, de ser posible, debe estar basada en este principio. Por experiencia se ha comprobado que las empresas que basan sus operaciones en el principio de valor de mercado son lo suficientemente rentables, por lo que no debe ser descartado salvo ciertas excepciones. Además, al abandonar este principio se complica el cálculo del pago de impuestos y las empresas se exponen más a la doble tributación

## Aplicación del Principio de Valor de Mercado

Cuando empresas independientes realizan transacciones entre ellas, las condiciones de sus relaciones comerciales y financieras están generalmente regidas por los mecanismos del mercado. Por otra parte mientras se trata de empresas asociadas, los precios de sus transacciones pueden diferir considerablemente de los precios realizados entre terceros, y esto puede deberse a que las situaciones y fuerzas del mercado no siempre recaen directamente y fijan sus precios de transferencia diferente a los establecidos por el libre mercado. Sin embargo, en ciertos casos la diferencia entre el precio de transferencia y el precio de valor de mercado puede corresponder a una acción deliberada para reducir las cargas fiscales globales del grupo multinacional.

Las condiciones fiscales pueden intervenir en la estructura de las empresas en sus relaciones financieras y comerciales y del monto de cualquier precio de transferencia establecido, y puede ser que un grupo multinacional esté más comprometido con sus utilidades después de impuestos y no de la manera de como estas utilidades son obtenidas (por ejemplo regalías, cargos sobre ciertos

<sup>1</sup>Traducción no oficial del artículo 9 de la convención fiscal de la OCDE.

gastos, remuneración de servicios, utilidades de ventas hechas entre miembros del grupo). Algunos de los miembros de un grupo multinacional pueden no comportarse como partes independientes para la fijación de precio o condiciones de transacciones controladas, y particularmente en donde diferentes tipos de ingresos están sujetos a diferentes tipos de impuestos. Como resultado, las obligaciones fiscales de las empresas asociadas y los ingresos fiscales del país cede pueden estar distorsionados. Así los países miembros de la OCDE acordaron, para propósitos de impuestos, que las utilidades de las empresas asociadas pueden ser ajustadas tanto como sea necesario para corregir tales distorsiones y así asegurar un resultado conforme al principio de valor de mercado. Los miembros de la OCDE consideran que este resultado se logra estableciendo las condiciones de las relaciones comerciales y financieras que ellos esperarían encontrar entre empresas independientes en transacciones similares bajo circunstancias similares

Hay otros factores a considerar que pueden distorsionar las relaciones comerciales y financieras establecidas entre empresas asociadas. Por ejemplo, tales empresas pueden estar sujetas a presiones de conflictos gubernamentales (ya sea de sus países donde operan o de un país extranjero), a valuaciones aduanales, a los derechos de antidumping<sup>2</sup>, a un control de cambios o control de precios. Además, la distorsión en el precio de transferencia puede ser causa de los requerimientos de flujo de caja de las empresas del grupo multinacional. Un grupo multinacional que es públicamente difundido puede sentirse presionado por los accionistas de la empresa matriz para que muestre una rentabilidad elevada, mostrando así a los accionistas estados financieros sin consolidar. Todos estos factores pueden tener repercusiones sobre el precio de transferencia y sobre el monto de utilidades que resultan de las empresas asociadas dentro de un grupo multinacional.

A pesar de los puntos anteriores, no se debe asumir que las condiciones que establecen las relaciones comerciales y financieras entre empresas asociadas desvían el precio que resulta del libre mercado. Las empresas asociadas de grupos multinacionales disponen en general de una autonomía considerable y negocian entre ellas como si se tratase de empresas independientes. Por ejemplo, dirigentes a un nivel local pueden estar interesados en demostrar que su empresa obtienen altas utilidades evitando así negociar con precio bajos que demeriten sus logros. Además los grupo multinacionales, con fines de valorar las buenas administraciones, motivan a sus asociados en utilizar precios dentro del valor de mercado para poder medir los resultados reales. Pero las autoridades no deben olvidar que por más difíciles que sean las negociaciones entre asociados, el precio, obtenido al final de éstas, no debe apartarse del principio de valor de mercado

Es importante tener presente la necesidad de hacer los ajustes necesarios para estar dentro del valor de mercado, sin importar las condiciones contractuales, a las que se está sujeto para pagar un precio determinado, que tengan o no la intención de disminuir el pago de impuestos. Así, un ajuste fiscal bajo el principio de valor de mercado no afectaría las obligaciones contractuales subyacentes sin fines fiscales entre las empresas asociadas, y puede ser apropiado aún si no existe la intención de evasión fiscal.

### Como Aplicar el Principio de Valor de Mercado

#### Análisis de comparabilidad

##### Razones de la comparabilidad

Como anteriormente se destacó, la aplicación del principio de valor de mercado se basa generalmente en la comparación de las condiciones en una transacción controlada entre partes relacionadas con las condiciones de transacciones entre partes independientes. Para que tal comparación sea válida, es necesario que las características económicas de las situaciones tomadas en cuenta sean lo suficientemente comparables. *Comparable significa que no debe haber diferencias que puedan materialmente afectar las condiciones que se examinan en la metodología* (ejemplo, precio o margen), *o pudiendo hacerse correcciones razonables para eliminar las diferencias*. Por ejemplo, una empresa es poco probable que acepte un precio ofrecido por su producto por una empresa independiente si esta sabe que otro cliente potencial desea pagar más por su producto bajo las mismas condiciones. Las empresas independientes tomarían en cuenta cualquier diferencia económica relevante (tales como el nivel de riesgo u otros factores de comparabilidad discutidos más adelante) entre las opciones realmente accesibles a ellos cuando se valúan estas opciones. Así, cuando se hacen las comparaciones debidas aplicando el principio de valor de mercado, las administraciones fiscales deberían también tomar en cuenta estas diferencias al establecer si existe comparabilidad entre las situaciones comparadas y que ajustes pueden ser necesarios para lograr la comparabilidad.

Todos los métodos que aplican el principio de valor de mercado se apegan a la idea de que las empresas independientes consideran las diferentes opciones que se les presentan, tomando en cuenta todas las diferencias que existan sobre el valor de esas opciones.

La importancia de los factores a tomar en cuenta dentro de la determinación de la comparabilidad dependen de la naturaleza de la transacción entre las empresas asociadas y de los métodos de fijación de precios adoptados.

#### Factores que determinan la Comparabilidad

##### a) Características de Bienes o Servicios

Muchas veces, las diferencias en las características específicas de bienes o servicios están dadas, al menos en parte, por las diferencias del valor en el libre mercado. Por eso, las comparaciones de estas características pueden ser útiles al determinar la comparabilidad de transacciones controladas y transacciones no controladas. En general, la similitud en las características de los bienes o servicios enajenados importará más cuando se comparen precios de transacciones controladas y no controladas y menos cuando se comparen utilidades. Las características que pueden ser importantes a considerar incluyen lo siguiente: en el caso de transferencia de propiedad tangible, las características físicas de los bienes, su calidad y su confiabilidad, y la disponibilidad y volumen de suministro; en el caso de servicios, la naturaleza y volumen de los servicios; y en el caso de la propiedad intangible, la forma de la transacción, por ejemplo la concesión de una licencia o venta, el tipo de activo, por ejemplo patente, marca o know-how, la duración y grado de protección, y los beneficios del uso de la propiedad.

<sup>2</sup>Dumping, término inglés que significa inundar el mercado, y se refiere al conjunto de medidas y procedimientos destinados a rebajar los precios de los productos de exportación para competir con los productos similares ofrecidos en el mercado internacional.

*b) Análisis funcional*

En la situación de transacciones entre dos empresas independientes, una empresa generalmente demandará una remuneración mayor en relación de la otra, si la primera realiza más funciones tales como el uso de activos y riesgo asumido. Por esto, para determinar si las entidades, la transacción controlada y la no controlada son comparables, es necesario comparar las funciones ejercidas por las partes. La cual busca identificar y comparar las actividades económicas significativas y responsabilidades tomadas o que serán tomadas por las empresas independientes y las empresas asociadas. Para este propósito, se debe tomar particular atención a la estructura y organización del grupo. También será relevante determinar en que situación jurídica el contribuyente desarrolla sus funciones.

Las funciones que los contribuyentes y la administración fiscal pueden tener para identificar y comparar son por ejemplo, el diseño, la fabricación, el ensamblaje, investigación y desarrollo, la prestación de servicios, las compras y adquisiciones, la distribución, la comercialización, la publicidad, los transportes, el financiamiento y la administración. Se deben hacer ajustes por cualquier diferencia material que exista en las funciones realizadas por cualquiera de las empresas independientes con las que se está comparando. Mientras que una parte puede proveer un gran número de funciones en relación a la otra, para la transacción lo que cuenta en cada una de las partes es la importancia económica de esas funciones desde el punto de vista de su frecuencia, de su naturaleza y de su valor.

Puede ser relevante y útil identificar y comparar las funciones ejercidas que toman en cuenta los activos que son o serán utilizados. Este análisis deberá considerar el tipo de activo utilizado, tales como planta y equipo, el uso de intangibles valiosos, etc., y la naturaleza de activos utilizados, tales como su fecha de adquisición, valor en el mercado, ubicación, la disponibilidad de derechos de protección sobre los bienes.

También puede ser relevante y útil al comparar las funciones desempeñadas para considerar el riesgo asumido por las respectivas partes. En el mercado abierto, la suposición de un riesgo que se incrementa también será compensado por un incremento en la rentabilidad esperada. Así, las transacciones controladas y no controladas y las entidades no son comparables si hay diferencias significativas en el riesgo asumido, para lo cual no se pueden tener ajustes apropiados. El análisis funcional no estará concluido hasta que el riesgo material asumido por cada una de las partes sea considerado. Teóricamente, en el mercado abierto, existe la suposición de que si se incrementa el riesgo este debe ser compensado por un incremento en el rendimiento esperado, aunque la rentabilidad real pueda o no incrementarse dependiendo en el grado de riesgo en el que se incurra.

Los tipos de riesgo a tomar en cuenta incluyen: los riesgos del mercado tales como las fluctuaciones del costo de los medios de producción y el precio de los productos, riesgos de pérdida asociados con las inversiones en bienes muebles e inmuebles, las instalaciones de producción y equipos, así como su utilización, el carácter aleatorio de los resultados de las inversiones en investigación y desarrollo, riesgos financieros tales como los causados por la paridad de cambio y la variabilidad en la tasa de interés, riesgos en los créditos, y otros.

Las funciones que se lleven a cabo (tomando en cuenta al propietario de los activos en cuestión y el riesgo asumido) determinarán hasta cierto grado la ubicación del riesgo entre las partes, y por lo tanto las condiciones que cada parte esperará en una negociación en valor de mercado. Por ejemplo, cuando un distribuidor toma bajo su responsabilidad para comercializar y publicar arriesgando sus propios recursos en estas actividades, a éste le correspondería una utilidad anticipada proporcional mayor de la actividad y las condiciones de la transacción, diferente de cuando el distribuidor actúa meramente como un agente, siendo reembolsado por sus costos y recibiendo el ingreso apropiado para esa actividad. Similarmente, un fabricante o investigador bajo contrato, que no tome un riesgo importante, no tendrá derecho más que a una utilidad limitada.

Conforme al análisis que será realizado posteriormente en relación a las modalidades contractuales, en general es el comportamiento de las partes el que debe ser considerado como el elemento de mayor juicio para determinar la repartición efectiva de los riesgos. Si, por ejemplo, un fabricante vende bienes a un distribuidor asociado dentro de otro país y el distribuidor acarrea todos los riesgos, pero el precio de transferencia aparece, de hecho, para ajustarse de tal manera que aísla al distribuidor de los efectos de los movimientos del tipo de cambio, entonces las administraciones fiscales pueden desear revisar la supuesta repartición del riesgo de tipo de cambio.

Un factor adicional a considerar para saber que parte conlleva mayor riesgo es la de establecer si la transacción está de acuerdo al principio de valor de mercado. En un contrato en valor de mercado generalmente es razonable para las partes ubicar una mayor parte del riesgo sobre el cual ellos tienen relativamente mayor control. Por ejemplo, suponga que la compañía A contrata para producir y surtir bienes a la compañía B, y el nivel de producción y surtido de bienes es fijado por la sociedad B. En tal caso, la compañía A probablemente no estará de acuerdo en tomar el riesgo de inventarios, dado que ésta no ejerce ningún control sobre el nivel de inventarios, mientras que la compañía B sí lo tiene. Es un hecho la existencia de varios riesgos, tales como los riesgos ordinarios en un negocio, sobre los cuales generalmente ninguna de las partes tiene significativo control y el cual puede ser ubicado, dentro del principio de valor de mercado, a cualquiera de las dos partes. Se requiere de un análisis para determinar en que grado cada una de las partes en una transacción sostiene tales riesgos. Cuando se desea saber que tanto riesgo una transacción tiene en el tipo de cambio y en la tasa de interés, es necesario en general considerar si el contribuyente o el grupo multinacional tiene una estrategia de mercado en la cual trata de disminuir o manejar dicho riesgo. Hoy en día las operaciones de cobertura, los contratos anticipados, opciones de compra y venta, dentro o fuera del mercado<sup>3</sup> son de uso común. Si un contribuyente asume los riesgos de cambio o tasa de interés sin protección, puede ser que responda a las estrategias de mercado del grupo multinacional con miras a la cobertura del grupo en su totalidad o bien cubrir alguna parte del grupo. Si no se trata de la manera apropiada, esta última práctica puede llevar a utilidades o pérdidas significativas, las que el grupo podrá colocar en donde mejor les convenga.

*c) Cláusulas Contractuales*

Dentro de las transacciones en valor de mercado, las cláusulas o términos contractuales definen en general, explícitamente o implícitamente, las modalidades de deslindar responsabilidades de riesgos y utilidades entre las partes. Un análisis de los términos o cláusulas contractuales debe ser parte integral del análisis funcional. Cuando no hay términos o cláusulas escritas, las relaciones contractuales de las partes deben deducirse de su conducta y de los principios económicos que generalmente gobiernan las relaciones entre partes independientes.

Dentro del contexto de transacciones entre empresas independientes, las divergencias de intereses entre las partes aseguran que generalmente se esfuerzan en respetar los contratos, y las cláusulas contractuales serán ignoradas o modificadas solamente si es del

<sup>3</sup>Estos términos es mejor conocido en el idioma ingles como "on-market" y "off-market".

interés de ambas partes. La misma divergencia de intereses puede no existir en el caso de empresas asociadas, y debido a esto, es importante examinar si la conducta entre partes está conforme a los términos del contrato o si el comportamiento de las partes indica que las cláusulas contractuales no han sido seguidas o son una farsa. En tales casos, un análisis más profundo es necesario para determinar los términos reales de la transacción.

*d) Circunstancias económicas*

Los precios en valor de mercado varían en los diferentes mercados aun en transacciones referentes a los mismos bienes o servicios; por esto, para lograr la comparabilidad se requiere que los mercados en los que las partes independientes y asociadas operan sean similares, y que las diferencias que existan no tengan efectos considerables o que puedan hacerse ajustes razonables. Como primer paso, es esencial identificar el mercado o los mercados en cuestión, tomando en cuenta los bienes y servicios disponibles que puedan ser sustituibles. Las características de las circunstancias económicas que pueden ser relevantes para determinar la similaridad en los mercados incluye: la localización geográfica, el tamaño de los mercados, el grado de competencia en los mercados y la posición relativa competitiva de los compradores y de los vendedores, la disponibilidad de bienes y servicios de sustitución o riesgo de la aparición de tales bienes y servicios de sustitución, el nivel de la oferta y la demanda en el mercado en su conjunto y en regiones particulares, el poder de compra del consumidor, la naturaleza y el alcance de las regulaciones del gobierno en el mercado, los costos de producción (incluyendo los costos del predio, de la mano de obra y del capital), los costos de transportación, el nivel de comercialización, por ejemplo venta a mayoreo o menudeo, la fecha y el momento de las transacciones, etc..

*e) Estrategias de las empresas*

Los precios y las utilidades a corto plazo pueden variar según las transacciones y según los contribuyentes en función de las estrategias adoptadas por los contribuyentes involucrados. Por ejemplo, un contribuyente que quiere penetrar a un mercado o incrementar su parte dentro del mercado compartido, puede temporalmente pactar un precio inferior al de los otros productos comparables en el mismo mercado. Además, un contribuyente en miras de entrar a un nuevo mercado, expandirse o defender su porción de mercado, temporalmente puede incurrir en costos más altos (por ejemplo, costos a causa del lanzamiento del producto o incrementos en los esfuerzos de comercialización) y por consiguiente obtener menores niveles de utilidades que otros contribuyentes que operan en los mismos mercados. Tales estrategias en las empresas pueden ser necesarias para tomarse en cuenta al determinar la comparabilidad de transacciones y compañías controladas y no controladas. También es conveniente y relevante considerar si las estrategias de los negocios han sido elaboradas por el grupo multinacional o por un miembro del grupo que actúa por separado y definir la naturaleza y grado de participación de otros miembros del grupo multinacional necesarios para implementar esas estrategias de mercado.

Problemas particulares de calendario pueden presentarse a la administración fiscal al evaluar la legitimidad de un contribuyente que clama llevar a cabo una estrategia que la distingue de otras empresas comparables potenciales. Puede suceder, que una empresa no siga sus estrategias de mercado, y en un futuro la administración fiscal podrá intervenir e investigar el motivo de esta irregularidad, para lo cual, si hay duda en los montos anteriores de las utilidades de esta empresa, las investigaciones pueden concluir en sanciones. Es por esto que, estrategias de este tipo deben ser seguidas escrupulosamente desde su inicio.

Si al evaluar a un contribuyente éste sostiene que estaba siguiendo una estrategia que temporalmente decrece las utilidades en espera de utilidades posteriores mayores, varios factores pueden ser considerados. Las administraciones fiscales deberían examinar el comportamiento de las partes para determinar si esto es consistente con la estrategia empresarial que profesa. Por ejemplo, si un fabricante carga a su distribuidor, que es una parte relacionada, un precio de mercado bajo como parte de una estrategia de penetración en un mercado, los costos que se están ahorrando para el distribuidor pueden ser reflejados en el precio cargado a los clientes del distribuidor o en gastos incurridos por el distribuidor en penetrar en un mercado más grande. Una estrategia de penetración a un mercado de un grupo multinacional podría ser puesta por el fabricante o por el distribuidor actuando separadamente del fabricante (y el costo resultante puede ser afrontado por cualquiera de los dos). Además, usualmente los esfuerzos constantes de mercadeo y publicidad a menudo acompañan una estrategia de penetración de mercado o de expansión en un mercado compartido. Otro factor a considerar es si la naturaleza de las relaciones entre las partes para la transacción controlada son consistentes con el contribuyente que sostiene los costos de la estrategia empresarial. Por ejemplo, en una transacción en valor de mercado una compañía que actúa sola como agente de ventas con poca o ninguna responsabilidad para un desarrollo a plazo largo en un mercado generalmente no sostendría los costos de una estrategia de penetración de mercado. Donde una compañía ha llevado actividades de desarrollo bajo su propio riesgo y mejora el valor de un producto a través de una marca o una razón social o al incrementar la reputación asociada con el producto, esta situación debe estar reflejada en el análisis de funciones para los propósitos de establecer comparabilidad.

Adicionalmente hay que considerar si lo que se espera es plausible al seguir las estrategias de la empresa, éstas producirán una rentabilidad suficiente para justificar costos dentro de un periodo razonable de tiempo. Si tales resultados esperados fueran implausibles en el tiempo de la transacción, o si la clamada estrategia empresarial continúa más allá del periodo razonable de tiempo, puede ser apropiado rechazar la supuesta estrategia del contribuyente. Al determinar lo que constituye un periodo razonable de tiempo en este contexto, las administraciones fiscales pueden considerar las estrategias comerciales que razonablemente podrían esperarse que tuviera la parte realmente independiente, incluyendo evidencia de las estrategias comerciales evidentes en el país en el cual dichas estrategias están siendo aplicadas. Esto pudiera indicar que comportamiento razonable podría esperarse si la parte hubiera sido realmente independiente. Al final, sin embargo, la consideración más importante es si la estrategia en cuestión puede probar utilidad dentro del futuro pronosticable (reconociendo que la estrategia puede fallar), y esa parte que opera en valor de mercado podría haber sido preparada para sacrificar utilidad por un periodo similar bajo tales circunstancias económicas y condiciones competitivas.

**Reconocimiento de las Transacciones Realmente Efectuadas**

Un examen de una administración fiscal a una transacción controlada, ordinariamente debería comenzar con las transacciones realmente realizadas por las empresas asociadas tal como estas han sido estructuradas utilizando los métodos aceptados por la OCDE<sup>4</sup>. Salvo casos excepcionales, la administración fiscal no deberá hacer abstracción de las transacciones reales o sustituirlas

<sup>4</sup>Ver lineamientos de la OCDE. Los métodos aceptados en nuestra legislación son congruentes con los de la OCDE, ver capítulo IV.

por otras transacciones. La reestructuración de transacciones comerciales legítimas sería un ejercicio totalmente arbitrario de iniquidad que podría estar compuesto por una doble tributación creada por la otra administración fiscal que tiene una opinión diferente de como la transacción debería ser estructurada.

Existen, sin embargo, dos casos particulares en los cuales puede excepcionalmente ser legítima y apropiada para una administración considerar el no tomar en cuenta la estructura adoptada por un contribuyente al realizar una transacción controlada. El primer caso se caracteriza por una discordancia entre la forma de la transacción y su naturaleza económica sobre la que está fundada. En tal situación la administración fiscal puede no tomar en cuenta la caracterización dada por las partes sobre transacción y recaracterizarla conforme a su naturaleza. Un ejemplo de este caso sería el de una empresa que invierte en otra asociada en la forma de un préstamo remunerable que, en las condiciones de valor de mercado, tomando en cuenta las circunstancias económicas de la compañía que pide el préstamo, no se esperaría que la inversión hubiera sido estructurada de esta manera. En este caso puede ser apropiado para la administración fiscal calificar la inversión de acuerdo con su naturaleza económica con el resultado de que el préstamo puede ser tratado como un abono al capital. El segundo caso se presenta donde, en la ausencia de divergencias entre la forma y la naturaleza de la transacción, los arreglos hechos en relación a la transacción, visto en su totalidad, son diferentes de los que habrían sido adoptados por las empresas independientes dentro de una óptica comercial racional y que en la práctica la estructura real impide a la administración fiscal determinar un precio de transferencia apropiado. Un ejemplo de este caso, sería una venta bajo un contrato a largo plazo, bajo cierta suma pactada, de un derecho ilimitado de título de propiedad intelectual que surge como un resultado de futuras investigaciones hasta la expiración del contrato. En este caso puede ser apropiado respetar la transacción como una transferencia de propiedad comercial, no obstante para la administración fiscal sería apropiado conformar los términos de esa transferencia en su totalidad (y no simplemente desde el punto de vista de fijación del precio) sobre aquellos que se hubiera razonablemente esperado si la transferencia de propiedad hubiera sido objeto de una transacción entre empresas independientes. Así, en el caso anterior descrito puede ser apropiado para la administración fiscal, por ejemplo, ajustar las condiciones del acuerdo en una manera comercial racional como un acuerdo de investigación continua.

En ambas circunstancias descritas anteriormente, el carácter de la transacción puede derivarse de la relación entre las partes y no por las condiciones normales y puede haber sido estructurado por el contribuyente para evadir o minimizar impuestos.

Las empresas asociadas pueden hacer mucho más variedad de contratos y arreglos que las empresas no relacionadas debido a que los conflictos comunes de intereses que existirían entre partes independientes generalmente no se presentan. Los contratos dentro de grupos multinacionales pueden ser fácilmente alterados, suspendidos, extendidos, o terminados de acuerdo a las estrategias del grupo multinacional y tales alteraciones pueden hacerse retroactivas. En tales circunstancias las administraciones fiscales al aplicar el principio de valor de mercado tendrían que determinar la realidad bajo los términos contractuales.

Además, la administración fiscal puede encontrar útil referirse alternativamente a transacciones estructuradas entre empresas independientes para determinar si la transacción controlada como está estructurada satisface el principio de valor de mercado. Para saber si tal o tal otra estructura puede ser tomada como referencia, dependerá en los hechos y circunstancias propias del caso en particular, y notablemente del número y exactitud de las correcciones necesarias para tener en cuenta las diferencias entre la transacción entre empresas asociadas y la transacción de referencia, así como la fiabilidad de otros elementos disponibles.

El ejemplo siguiente muestra la diferencia entre reestructurar la transacción controlada bajo revisión, que como se vio anteriormente generalmente es inapropiado, y usar alternativamente transacciones estructuradas libremente como transacciones comparables no controladas. Suponga que un fabricante vende bienes a un distribuidor asociado ubicado en otro país y el distribuidor asume todos los riesgos de tipo de cambio. Suponga además, que transacciones similares entre fabricantes y distribuidores independientes están estructuradas de diferente manera y que el fabricante, y no el distribuidor, asume todo riesgo cambiario. En tal caso, la administración fiscal debería tomar en cuenta la intención del distribuidor asociado de asumir el riesgo, al menos de que exista una buena razón para dudar de la naturaleza económica de asumir el riesgo existente. El hecho de que empresas independientes no estructuren sus transacciones de una forma en particular puede ser una razón justificada para examinar más de cerca la lógica económica de la modalidad tomada, sin que esto sea determinante. Sin embargo, las transacciones no controladas que comparten un riesgo diferente, pueden ser útiles para establecer el precio de la transacción entre empresas asociadas, quizá utilizando el método de precio comparable no controlado en las transacciones comparables no controladas, si es posible hacer los ajustes necesarios en sus precios para reflejar la diferencia en la estructura de las transacciones.

#### Evaluación de transacciones separadas o combinadas

Idealmente, con el fin de obtener la mayor precisión del precio justo en el mercado, el principio de valor de mercado debería ser aplicado transacción por transacción. Pero hay situaciones en que las transacciones están tan relacionadas que no pueden ser evaluadas por separado, por ejemplo, contratos a largo plazo de suministro de bienes o servicios o derecho de uso de bienes intangibles. Tales transacciones deberían ser evaluadas juntas con el método o métodos más apropiados.

Otras transacciones deben ser evaluadas por separado. Por ejemplo una transacción puede agrupar varias transacciones en una sola y establecer un precio por un número de beneficios tales como licencias por patentes, know-how y marcas, la provisión de servicios técnicos y administrativos y el préstamo o arrendamiento de las instalaciones de producción. Este tipo de formulación se le conoce como arreglo global. Tal grupo de transacciones probablemente no incluirá ventas de bienes, sin embargo, aunque el precio cargado por la venta de bienes puede cubrir algunos servicios anexos. En algunas circunstancias sería apropiado tratar este grupo de transacciones como una, pero en condiciones ordinarias esto no será posible.

Aun cuando las partes son independientes, el trato fiscal de los diferentes elementos de la transacción puede diferir bajo la ley local o bajo una convención del impuesto sobre el ingreso. Por ejemplo el pago de regalías puede estar sujeto a retención de impuestos pero el pago de un arrendamiento puede estar sujeto al valor neto. Por consiguiente puede ser necesario para las administraciones fiscales apreciar por separado los diferentes elementos de la operación. La administración fiscal debería examinar los elementos de un arreglo global entre empresas asociadas de la misma manera de como lo hace con empresas independientes. Los contribuyentes deberán estar preparados para demostrar que el trato del arreglo global refleja un precio de transferencia apropiado.

#### Utilización de un intervalo de valor de mercado

En algunos casos será posible aplicar el principio de valor de mercado para obtener una simple cifra (por ejemplo, un precio o margen) que sea lo más confiable para establecer si la condiciones de una transacción están dentro de este principio. Sin embargo,

como precios de transferencia no es una ciencia exacta, habrá muchas ocasiones donde la aplicación del método o métodos más apropiados producirán un rango de cifras las que son más o menos equivalentes. En estos casos, las diferencias entre las cifras que comprenden el intervalo puede ser causado por el hecho que en general la aplicación del principio de valor de mercado solamente produce una aproximación de las condiciones que habrían sido establecidas entre partes independientes. De la misma manera, es posible que los puntos diferentes en un intervalo representan el hecho de que empresas independientes en transacciones comparables bajo circunstancias comparables pueden no establecer exactamente el mismo precio para la transacción en cuestión. Sin embargo, en algunos casos, no toda transacción comparable examinada tendrá el mismo grado de comparabilidad. De esta manera, la determinación real del precio dentro del valor de mercado necesariamente requiere ejercitar un buen juicio. El uso de un intervalo puede ser particularmente apropiado donde, como último recurso, el método de utilidades comparables es aplicado.<sup>5</sup>

Un intervalo puede también resultar cuando más de un método se aplica al evaluar una transacción controlada. Por ejemplo cuando dos métodos que resultan similares en grado de comparabilidad pueden ser utilizados para evaluar si una transacción controlada está conforme al valor de mercado. Cada método puede producir un resultado o un rango de resultados que difieren de aquellos obtenidos con otro método debido a diferencias en las características de los métodos y de los datos correspondientes utilizados, relevantes para la aplicación de un método en particular. Sin embargo, cada método podrá ser utilizado por separado para definir un rango aceptable de cifras dentro del valor de mercado. Los datos resultantes de ese intervalo podrán permitir determinar con mayor exactitud el intervalo de valor de mercado, por ejemplo cuando los rangos coinciden, o para reconsiderar la exactitud de los métodos utilizados cuando los rangos no coinciden. No se puede establecer una regla general respecto al uso de rangos derivados de la aplicación de múltiples métodos, por que las conclusiones obtenidas de esta utilización dependerán de la relativa exactitud de los métodos empleados para determinar los rangos y la calidad de la información utilizada al aplicar los diferentes métodos.

Donde la aplicación de uno o más métodos produce un rango de cifras, una desviación sustancial entre puntos dentro de este rango puede indicar que los datos utilizados para establecer algunos de los puntos pueden no ser tan confiables como los datos utilizados para establecer los otros puntos en el rango o la desviación puede resultar de características en los datos comparables que requieren ajustes. En tales casos, puede ser necesario un mayor análisis de estos puntos para evaluar si conviene su inclusión en cualquier rango de valor de mercado.

Si el elemento considerado de la transacción controlada (ejemplo, precio o margen) se sitúa fuera del intervalo del valor de mercado confirmado por la administración fiscal, el contribuyente deberá tener la oportunidad de presentar argumentos de que las condiciones de la transacción satisfacen el principio de valor de mercado, y el intervalo de valor de mercado incluye sus resultados. Si el contribuyente es incapaz de establecer este hecho, la administración fiscal debe determinar como ajustar las condiciones de la transacción controlada tomando en cuenta el intervalo en valor de mercado. Se puede argumentar que cualquier punto en el rango no satisface el principio de valor de mercado. En general, y en la medida que sea posible distinguir entre los diferentes puntos del intervalo, se deberán hacer ajustes utilizando puntos dentro del rango que mejor refleja los hechos y circunstancias de esta particular transacción controlada.

#### Utilización de Datos de Varios Años

Con objeto de obtener un completo entendimiento de los hechos y circunstancias de una transacción controlada, generalmente puede ser útil examinar los datos del ejercicio en examinación y los ejercicios anteriores. El análisis de tal información puede hacer aparente los hechos que pudieron haber influenciado (o debieron haber influenciado) en la determinación del precio de transferencia. Por ejemplo, el uso de datos del pasado revelará si la parte declarada de pérdidas del contribuyente en una transacción es parte de una historia de pérdidas en transacciones similares, o un reflejo de que el producto se encuentra en el fin de su ciclo de vida. Tal análisis puede ser útil particularmente cuando, como último recurso, se aplica un método basado en utilidades.

El uso de datos de varios años será útil también ya que proveerá de información acerca de la relevancia de las empresas comparables y el ciclo de vida de sus productos. Las diferencias entre las empresas o el ciclo de vida de los productos puede tener sobre las condiciones de la fijación del precio de transferencia un efecto sustancial que será necesario de evaluar al determinar la comparabilidad. Los datos de años anteriores permitirán saber si la transacción o la empresa fue afectada de una manera similar por condiciones económicas similares, o si condiciones diferentes de un ejercicio anterior materialmente afectó su precio o utilidad de tal manera que la transacción no debería usarse como comparable.

Los datos de años posteriores a la transacción pueden ser útiles para el análisis de precios de transferencia, pero la administración fiscal debe tener cuidado de no hacer uso del análisis retrospectivo. Por ejemplo, datos de los últimos años pueden ser útiles al comparar el ciclo de vida de los productos de transacciones controladas y no controladas con el objeto de determinar si la transacción no controlada es un comparable apropiado para usarse en un método en particular. En consiguiente la conducta entre las partes será también relevante al examinar los términos y condiciones reales de sus transacciones.

#### Pérdidas

Cuando una empresa asociada constantemente reporta pérdidas mientras el grupo multinacional tiene utilidades, la administración fiscal debe considerar dar un especial escrutinio a los precios de transferencia reportados. De hecho, las empresas asociadas como las empresas independientes pueden sostener pérdidas reales, ya sea por los alto costos de iniciación de actividades, condiciones económicas desfavorables, ineficiencias, u otra razón industrial o comercial legítima. Sin embargo, una empresa independiente no aceptará pérdidas indefinidamente y seguramente no estaría preparada para soportarlas. Una empresa independiente con constantes pérdidas dejaría de realizar sus actividades bajo tales condiciones. En contraste, una empresa asociada que reporta constantemente pérdidas puede permanecer con sus actividades si esto le beneficia al grupo multinacional.

El hecho de que existe una empresa que reporta pérdidas que negocia con empresas utilitarias miembros de un grupo multinacional puede sugerir a los contribuyentes o a la administración fiscal que el precio de transferencia debe ser examinado. La empresa deficitaria puede que no esté recibiendo la compensación adecuada del grupo multinacional del cual es parte en relación a los beneficios derivados de sus actividades. Por ejemplo, un grupo multinacional puede necesitar producir un amplio rango de productos

<sup>5</sup>En el capítulo de antecedentes se mencionó que los métodos basados en utilidades habían sido rechazados por los europeos, pero la fuerte influencia estadounidense encuentra aquí una justificación en su utilización.

y/o servicios con el fin de permanecer en la competencia y realizar una utilidad del conjunto, pero alguna de la línea de productos pueden regularmente perder ingresos. Un miembro del grupo multinacional puede tener pérdidas constantes porque esta produce todos los productos deficitarios mientras que otros miembros producen los utilitarios. Una empresa independiente podría realizar tal servicio solamente si ésta fuera compensada por un adecuado cargo por servicio. Por lo tanto, una manera de afrontar este tipo de problemas de precio de transferencia es considerar que la empresa deficitaria percibiera el mismo tipo de remuneración que el de una empresa independiente conforme al principio de valor de mercado.

Un factor a considerar en el análisis de pérdidas es que las estrategias de las empresas pueden diferir de un grupo multinacional a otro grupo multinacional debido a diferentes razones de orden histórico, económico y cultural. Tener pérdidas por un periodo razonable puede ser justificado en algunos casos por una estrategia de mercado fijando precios bajos para lograr penetrar en un mercado. Por ejemplo, un productor puede reducir sus precios al grado de incurrir en pérdidas, con el objeto de ingresar a nuevos mercados, incrementar su presencia en el mercado existente, introducir nuevos productos o servicios, o desestimular competidores potenciales. Sin embargo, los precios particularmente bajos no deberían presentarse más que en periodos limitados, específicamente con el objeto de incrementar utilidades en el largo plazo. Si las estrategias de fijación de precios continúan más allá de un periodo razonable, podría justificarse un ajuste de precios de transferencia, particularmente donde los datos comparables sobre varios años muestran que las pérdidas se han presentado por un periodo superior que el que afectaría a las empresas independientes. Además las administraciones fiscales no deberían aceptar precios especialmente bajos como precios dentro del valor de mercado al menos que se pueda esperar que las empresas independientes fijen sus precios de una manera comparable.

### El Efecto de Políticas Gubernamentales

Existen ciertas circunstancias en las cuales el contribuyente pretenderá que un precio dentro del valor de mercado debe ser ajustado tomando en cuenta las intervenciones gubernamentales en el mercado tales como control de precios (aun en la reducción de precios), control de tasas de interés, control de pagos de servicios o cuotas administrativas, control sobre el pago de regalías, subsidios en favor de ciertos sectores en particular, control de cambios, derechos de antidumping o políticas de tipo de cambio. Como regla general, estas intervenciones gubernamentales deberían ser tratadas como condiciones del mercado en el país en particular, y en situaciones ordinarias éstas constituirían uno de los elementos de apreciación para tomarse en cuenta al evaluar los precios de transferencia en ese mercado en particular. Entonces, la cuestión que se presenta es la de saber si, en estas condiciones, las transacciones tomadas por las partes asociadas son consistentes con las de las partes independientes.

Uno de los problemas que surgen es el de determinar el nivel en el cual un control de precios afecta el precio de un producto o servicio. A menudo el impacto directo será en el precio final al consumidor, pero sin embargo puede haber un impacto en los precios pagados en niveles superiores en el suministro de bienes al mercado. Las empresas multinacionales pueden no hacer ajustes en sus precios de transferencia para tomar en cuenta tales controles, dejando al vendedor final sufrir cualquier limitación en la utilidad que pueda ocurrir, o pueden cargar precios que compartan la carga en alguna manera entre el vendedor final y el distribuidor intermediario. Debe considerarse si un distribuidor independiente compartiría el costo del control de precios y si una empresa independiente buscaría líneas de productos alternativos y oportunidades comerciales. Desde este punto de vista, es improbable que una empresa independiente estuviera preparada a producir, distribuir, o de otra manera a proveer productos o servicios en términos que no permitan utilidades.

Un problema en especial surge cuando un país evita o bloquea los pagos de deuda de una empresa asociada a otra o que en términos de transacciones en valor de mercado lo que sería cobrado por una empresa asociada a otra. Por ejemplo, un control de cambio pueden realmente evitar a una empresa asociada transferir pagos de intereses al extranjero en un préstamo hecho por otra parte asociada ubicada en un país diferente. Esta situación puede dar lugar a un trato diferente dentro de los dos países involucrados: el país del que pide prestado puede o no tomar en cuenta el interés no pagado como si hubiera sido pagado, y el país del que prestó puede o no tratar al prestamista como si hubiera recibido el interés. Como regla general, donde el gobierno trata por igual a las transacciones entre empresas asociadas y transacciones entre empresas independientes (ambos en leyes y hechos), el como abordar este problema para fines fiscales donde esto ocurre debería ser lo mismo tanto para empresas asociadas como para empresas independientes. Donde el gobierno interviene solo en transacciones entre empresas asociadas, no hay una solución sencilla. Quizá una manera de tratar con este asunto es aplicar el principio de valor de mercado viendo la intervención como una condición que afecta los términos de la transacción.

Una dificultad con este análisis es que a menudo las empresas independientes simplemente no se involucrarían en una transacción en cuyos pagos fueran bloqueados. Una empresa independiente se encuentra de vez en cuando en este tipo de arreglos, probablemente por que la intervención gubernamental fue posterior al inicio del acuerdo. Pero es poco probable que una empresa independiente desearía sujetarse a un riesgo de bloqueo de pago por lo que no haría contratos en un país donde existen fuertes intervenciones gubernamentales al menos que las proyecciones de utilidades o rendimientos anticipados de las estrategias de las empresas independientes sean suficientes para producir una tasa de rendimiento aceptable, a pesar de la existencia de la intervención gubernamental que pudiera afectar los pagos.

Las empresas independientes no se involucrarán sin duda en transacciones sujetas a la intervención gubernamental, por lo que no es claro el cómo aplicar el principio de valor de mercado. Una posibilidad es tratar los pagos hechos entre empresas asociadas, suponiendo lo que una empresa independiente en una circunstancia similar habría exigido, y es recibir un pago por otros medios. Esta aproximación, trataría a la parte a la que se le debe el pago bloqueado como si efectuara un servicio para el grupo multinacional. Una solución alternativa, que es posible en algunos países, sería diferir el ingreso y los gastos relevantes del contribuyente. En otras palabras, la parte deudora cuyo pago fue bloqueado no debería permitírsele deducir los gastos tales como costos de financiamientos adicionales hasta que el pago bloqueado fuera hecho. Lo que concierne a las administraciones fiscales en estas situaciones es principalmente sus respectivas bases de impuestos. Si una empresa asociada pide una deducción en el cálculo de sus impuestos por un pago bloqueado, entonces habría un ingreso correspondiente a la otra parte. En ningún caso, a un contribuyente se le debe permitir tratar diferente a los pagos de deuda bloqueados de una empresa asociada y los pagos bloqueados de deuda de una empresa independiente.

### Compensaciones Intencionales

Esto ocurre cuando una empresa asociada ha provisto de una prestación a otra empresa asociada del grupo, que se compensa, hasta cierto grado, por diferentes prestaciones recibidas a cambio por esa empresa. Estas empresas pueden argumentar que las prestaciones que cada una ha recibido deberían ser compensadas con los beneficios que han provisto como pago parcial o integral

de estas prestaciones de tal manera que solamente la ganancia neta o pérdida neta (si la hubiera) en las transacciones es necesaria considerarse con el propósito de valorar sus obligaciones tributarias. Por ejemplo, una empresa puede autorizar a otra empresa el uso de una patente a cambio de know-how en otro dominio y argumentar que las transacciones resultan sin utilidad ni pérdidas para ambas partes. Tales arreglos, algunas veces pueden ser promovidos entre empresas independientes y deberían ser valuados de acuerdo con el principio de valor mercado con objeto de cuantificar el valor de las diferentes prestaciones respectivas argumentadas como compensaciones.

Las compensaciones intencionales pueden variar en tamaño y complejidad. Tales compensaciones pueden ir desde un simple balance entre dos transacciones (tales como el precio de venta favorable de bienes manufacturados en pago por una adquisición en precio favorable de la materia prima utilizada por el fabricante) hasta un arreglo para un ajuste general que balancean todas las prestaciones resultado de ambas partes sobre un periodo. Es muy poco probable que las empresas independientes consideren el tipo de arreglo anterior a menos que los beneficios pudieran ser exactamente cuantificados y el contrato creado por adelantado. Normalmente, las empresas independientes preferirían permitir a sus entradas y desembolsos fluir independientemente uno del otro, tomando cualquier resultado de utilidad o pérdida de transacciones normales.

El reconocimiento de compensaciones intencionales no cambia el requerimiento fundamental que para propósitos de impuestos los precios de transferencia para transacciones controladas deben ser consistentes con el principio de valor de mercado. Sería útil para los contribuyentes divulgar la existencia de compensaciones hechas entre dos o más transacciones entre empresas asociadas y demostrar (o declarar que ellos disponen de la documentación necesaria y han realizado los análisis suficientes para ser capaz de demostrar) que, después de tomar en cuenta las compensaciones, las condiciones que gobiernan son consistentes con el principio de valor de mercado en el momento de la declaración.

Puede ser necesario evaluar las transacciones por separado para determinar si cada una de ellas satisface el principio de valor de mercado. Si las transacciones se tienen que analizar juntas, se debe tener cuidado al seleccionar las transacciones comparables. Los términos de las compensaciones relacionados a transacciones internacionales entre empresas asociadas pueden no ser en su totalidad consistentes con aquellos que se relacionan a transacciones solamente domésticas entre empresas independientes, debido a las diferencias en el trato de impuestos de compensaciones bajo diferentes sistemas nacionales de impuestos o diferencias en el tratamiento de pagos bajo un tratado bilateral de impuestos. Por ejemplo, retener los impuestos complicaría una compensación entre regalías y los ingresos percibidos por concepto de ventas.

Un contribuyente puede buscar en una auditoría una reducción en un ajuste de precios de transferencia a causa de una sobrevaluación involuntaria de un ingreso gravable. Las administraciones fiscales en su albedrío pueden o no garantizar esta petición. Las administraciones fiscales pueden considerar tales requerimientos en el contexto de procedimientos de común acuerdo en los procedimientos y ajustes correspondientes.

#### Utilización de las Valuaciones Aduanales

De una manera general el valor de mercado se aplica por muchas administraciones aduanales como un principio neutro de comparación entre el valor que se le atribuye a los bienes importados por empresas asociadas y el valor de bienes similares importados por empresas independientes.

Sin embargo, las administraciones aduanales y las administraciones fiscales generalmente buscan determinar el valor de los productos en el momento en que estos fueron transferidos o importados. (Para las administraciones fiscales, la fecha apropiada generalmente es cuando se ha concluido el contrato de la transferencia, pero en muchos casos éstas coinciden con el momento de la transferencia). En consecuencia, las valuaciones aduanales, debido a que pueden ocurrir casi o al mismo tiempo que la transferencia se hace, pueden ser útiles para la administración fiscal al evaluar el precio de transferencia de una transacción controlada para verificar si está conforme al principio de valor de mercado. En particular, las autoridades aduanales pueden tener información contemporánea concerniente a la transacción que puede ser relevante para los propósitos de precios de transferencia, especialmente si éste ha sido establecido por el contribuyente.

Aunque las autoridades aduanales y las administraciones fiscales pueden tener un objetivo similar al examinar los valores reportados por transacciones controladas al cruzar las fronteras del país, los contribuyentes pueden tener incentivos competitivos al dar valores con fines aduanales y fiscales. En general, un contribuyente que importa bienes está interesado en poner un precio bajo por la transacción para propósitos aduanales, así las cuotas aduanales serán bajas. Puede haber consideraciones que surgen respecto al impuesto del valor agregado, impuestos por ventas e impuestos por consumos. Sin embargo, en materia fiscal, el contribuyente puede querer reportar un precio por esos mismos artículos para incrementar los costos deducibles. La cooperación entre las administraciones tributarias y las aduanales dentro de un país para evaluar precios de transferencia es cada día más común y esto podría ayudar a reducir el número de casos donde las violaciones arancelarias en materia fiscal son juzgadas inaceptables o viceversa. Una mayor cooperación en el área de intercambio de información sería particularmente útil, y no sería difícil para países que ya han integrado las administraciones fiscales y aduanales. Los países que tienen las administraciones por separado pueden desear considerar una modificación en las normas relativas al intercambio de información de tal manera que ésta fluya con mayor facilidad entre las diferentes administraciones.

#### Utilización de Métodos de Fijación de Precios de Transferencias

Los métodos expuestos en el documento de la OCDE<sup>6</sup> permiten determinar si las condiciones impuestas en las relaciones comerciales o financieras entre empresas asociadas son consistentes con el principio de valor de mercado. Ningún método es utilizable en toda posible situación y la aplicación de cualquier método no es necesario desaprobala. Los responsables de las administraciones fiscales deben dudar en hacer ajustes menores o marginales. Más aun, los grupos multinacionales son libres de aplicar los métodos no descritos en el documento de la OCDE para establecer precios, siempre y cuando estos precios satisfagan el principio de valor de

<sup>6</sup>Estos métodos son: Método de Precio Comparable No Controlado, Método de Precio de Reventa, Método de Costo Adicionado, Método de Partición de Utilidades, Método de Utilidades Comparables. Estos métodos se explicarán en un capítulo posterior. Ver también "OECD Documents, Transference Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, Discussion Draft of Part I".

mercado conforme a los lineamientos del documento antes citado. Sin embargo, el contribuyente deberá conservar una documentación referente a la manera de como fueron establecidos los precios de transferencia y estar preparado para suministrar la documentación que lo prueba.

El principio de valor de mercado no necesita recurrir a la aplicación de más de un método, y de hecho, el recurrir a más de uno podría crear una carga considerable para los contribuyentes. Así, el reporte de la OCDE no exige ni a los examinadores ni a los contribuyentes en su análisis utilizar más de un método. Mientras que en algunos casos la selección de un método puede no ser directa e inicialmente más de un método puede ser considerado, generalmente es posible seleccionar un método que sea apto para proveer la mejor estimación de un precio en valor de mercado. Sin embargo, para casos difíciles donde ningún método es concluyente, una posición flexible permitiría utilizar conjuntamente los datos de varios métodos. En tales casos, tomando en cuenta los hechos y circunstancias específicas y en su conjunto la evidencia disponible, es necesario un esfuerzo para llegar a una conclusión consistente con el principio de valor de mercado que satisfaga a todas las partes involucradas. En particular cada método debe ponderarse en función del grado de similitud de las transacciones no controladas y las empresas independientes de donde los datos fueron sustraídos tomando en cuenta el grado de precisión utilizado en cualquier ajuste que se haya hecho a los datos.

No es posible establecer las reglas precisas que puedan aplicarse a cada caso. En general las partes deberían procurar alcanzar una posición razonable teniendo en mente la imprecisión de varios métodos y la preferencia por un grado más alto de comparabilidad y una más directa y cercana relación a la transacción. No debe darse el caso en que información útil, como la que puede ser obtenida de transacciones no controladas que no son idénticas a las transacciones controladas, deba desecharse simplemente por que algunos estándares rígidos de comparación no se logran por completo. Similarmente la evidencia de las empresas comprometidas en transacciones con empresas asociadas puede ser útil para entender las transacciones bajo revisión o como indicador para futuras investigaciones. Además, cualquier método debería utilizarse mientras su aplicación sea aceptable para los miembros del grupo multinacional involucrado con la transacción o las transacciones a las que la metodología aplica y también a las administraciones fiscales en las jurisdicciones de todos esos miembros.

## ANEXO II

### Métodos Aceptados en Nuestra Legislación

A continuación se presentan los artículos 64, 64-A, 65 y 65-A, vigentes de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que a la letra señalan<sup>1</sup>:

#### *OPCIÓN DE LA SHCP DE MODIFICAR LA UTILIDAD O PÉRDIDA FISCAL EN EL CASO QUE SE INDICA*

**ARTÍCULO 64.** *La Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá modificar la utilidad o pérdida fiscal mediante la determinación presuntiva del precio en que los contribuyentes adquieran o enajenen los bienes, así como el monto de la contraprestación en el caso de operaciones distintas de enajenación, en los siguientes casos:*

*LISR 10, 55, 65, DT-95-4 BIS-I*

*I. Cuando las operaciones de que se tratase pacten a menos del precio de mercado o el costo de adquisición sea mayor que dicho precio.*

*LISR DT-92-7-X; IMCP C-4*

*II. Cuando la enajenación de los bienes se realice al costo o a menos del costo, salvo que el contribuyente compruebe que la enajenación se hizo a precio de mercado en la fecha de la operación. O bien que los bienes sufrieron demérito o existieron circunstancias que determinaron la necesidad de efectuar la enajenación en estas condiciones.*

*RISR 66*

*III. Cuando se trate de operaciones de importación o exportación, o en general se trate de pagos al extranjero.*

*RISR 67*

*\*2*

*(A) Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, las autoridades fiscales podrán considerar los siguiente:*

- a) Los precios corrientes en el mercado interior o exterior, y en defecto de estos, el de avalúo que practiquen u ordenen practicar las autoridades fiscales;*
- b) El costo de los bienes o servicios dividido entre el resultado de restar a la unidad el porcentaje de utilidad bruta. Se entenderá por "por ciento de utilidad bruta", ya sea la determinada de acuerdo al Código Fiscal de la Federación o, conforme a lo establecido en el artículo 62 de esta Ley. Para los efectos de lo previsto por este inciso, el costo se de determinará según los principio de contabilidad generalmente aceptados;*
- c) El precio en que un contribuyente enajene bienes adquiridos de otra persona, multiplicado por el resultado de disminuir a la unidad el coeficiente que para determinar la utilidad fiscal de dicho contribuyente le correspondería conforme al artículo 62 de esta Ley.*

*LISR 62; CFF 42, 54, 55*

*\*3*

#### *COMO DETERMINARÁN SUS INGRESOS ACUMULABLES Y DEDUCCIONES AUTORIZADAS LOS CONTRIBUYENTES QUE CELEBREN OPERACIONES CON PARTES RELACIONADAS*

*(R) ARTÍCULO 64-A.* *Los contribuyentes de este Título que celebren operaciones con partes relacionadas están obligados, para efectos de esta Ley, a determinar sus ingresos acumulables y deducciones autorizadas, considerando para esas operaciones los precio y montos de contraprestaciones que hubieran utilizado con o entre partes independientes en operaciones comparables.*

*En caso contrario, las autoridades fiscales podrán determinar los ingresos acumulables y deducciones autorizadas de los contribuyentes, mediante la determinación de precio o monto de la contraprestación en operaciones celebradas entre partes relacionadas, considerando para esas operaciones los precio y montos de contraprestaciones que hubieran utilizados partes independientes en operaciones comparables, ya sea que éstas sean con personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas y establecimientos permanentes o bases fijas en el país de residentes en el extranjero, así como el caso de las actividades realizadas a través de fideicomisos.*

*Para efectos de esta Ley, se entiende que las operaciones o las empresas son comparables, cuando no existan diferencias entre éstas que afecten significativamente el precio o monto de la contraprestación o el*

<sup>1</sup>Se refiere ha todo lo que se encuentra en letras *itálicas*.

<sup>2</sup>Nota: la siguiente parte de este artículo fue incluida a partir de enero de 1997.

<sup>3</sup>Nota: el siguiente artículo se modifica a partir del 1° de enero de 1997, ver comentario posterior.

margen de utilidad a que hacen referencia los métodos establecidos en el artículo 65, y cuando existan dichas diferencias, éstas se eliminan mediante ajustes razonables. Para determinar dichas diferencias, se tomarán en cuenta los elementos pertinentes que se requieran, según el método utilizado, considerando, entre otros, los siguientes elementos:

- I. - Las características de las operaciones, incluyendo:
  - a) En el caso de operaciones de financiamiento, elementos tales como el monto del principal, plazo, garantías, solvencia del deudor y tasa de interés;
  - b) En el caso de prestación de servicios, elementos tales como la naturaleza del servicio, y si el servicio involucra o no una experiencia o conocimiento técnico;
  - c) En caso de uso, goce o enajenación de bienes tangibles, elementos tales como las características físicas, calidad y disponibilidad; y
  - d) En el caso de que se conceda la explotación o se transmita un bien intangible, elementos tales como, si se trata de una patente, marca, nombre comercial o transferencia de tecnología, la duración y el grado de protección.
- II. Las funciones o actividades, incluyendo los activos utilizados y riesgos asumidos en las operaciones de cada una de las partes involucradas en la operación;
- III. Los términos contractuales;
- IV. Las circunstancias económicas; y
- V. Las estrategias de negocios, incluyendo las relacionadas con la penetración, permanencia y ampliación del mercado.

Se considera que dos a más personas son partes relacionadas cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe directa o indirectamente en la administración, control o capital de dichas personas.

Salvo prueba en contrario, se presumen que la operación entre residentes en México y sociedades o entidades ubicadas o residentes en jurisdicciones de baja imposición fiscal, son entre partes relacionadas en la que los precios y montos de las contraprestaciones no se pactan conforme a los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.

#### MÉTODOS APLICABLES PARA EFECTOS DE LOS DISPUESTOS POR EL ARTÍCULO 64-A

(R) artículo 65. Para efectos de los dispuesto en el artículo 64-A, se podrán aplicar cualquiera de los siguientes métodos:

- I. Método de precio comparable no controlado, que consiste en considerar el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieran pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables.

Este método:

- Basado en la similitud del producto
- Para ser confiable, los ajustes de similitud deben ser mínimos y deben tener un efecto definitivo determinado razonablemente sobre el precio
- No existen limitaciones para el uso de transacciones comparables celebradas en mercados exteriores, pero pueden reducir el grado de fiabilidad de los resultados
- En el caso de intangibles la comparabilidad se basará en la similitud del intangible y el potencial de ganancia

Para la aplicación de este método es necesario tener conocimiento previo del costo, del valor, del monto, en el cual en forma normal y generalizada se fijan o se determinan las tasas de interés, honorarios, las rentas o montos de otorgar el uso, goce o enajenación de bienes tangibles, así como cuando se cobren regalías por la explotación o transmisión de un bien intangible. Los costos, valores y precios deberán ser razonables tanto en el mercado nacional como en los mercados extranjeros, considerando la situación geográfica, la novedad del producto, las condiciones económicas del mercado, las divisas, la sociedad a donde se dirige, la condiciones del comprador, el volumen, las garantías, etc. En caso de ausencia de un comparable la autoridad fiscal podrá determinar un avalúo, lo que puede no ser recomendable.

- II. Método de precio de reventa, que consiste en determinar el precio de adquisición de un bien, de la prestación de un servicio o de la contraprestación de cualquier otra operación entre partes

*relacionadas, multiplicando el precio de reventa, o de la prestación del servicio o de la operación de que se trate, fijado con o entre partes independientes en operaciones comparables por el resultado de disminuir de la unidad, el porcentaje de utilidad bruta que hubiera sido pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables. Para los efectos de esta fracción el porcentaje de utilidad bruta se calculará dividiendo la utilidad bruta entre las ventas netas.*

Este método es uno de los más utilizados en el ámbito comercial e industrial, así como en las transacciones de bienes tangibles e intangibles. Aquí la autoridad fiscal deberá partir del precio en el que un contribuyente enajene los bienes adquiridos de un tercero. Aquí los estudios económicos deberán abarcar todos los supuestos que en cada operación en lo individual se presentan, ya que no se debe limitar al efecto comparativo, de otra manera debería aplicarse el método de precio comparable no controlado. Se deben tomar en cuenta los conceptos y los insumos que entre otros se agregaron al bien tangible o intangible, ya que en la mayoría de los casos el valor de reventa más la utilidad que forma el precio final al consumidor varía por el hecho de agregar nuevos factores que modifican al costo. El análisis económico deberá tomar en cuenta también la inflación y el ingreso per cápita que se involucra como parte del ingreso que se genera a través de compradores o pagadores de bienes y servicios.

*III. Método de costo adicionado, que consiste en multiplicar el costo de los bienes o servicios o cualquier otra operación por el resultado de sumar a la unidad el porcentaje de la utilidad bruta que hubiera sido pactada con o entre partes independientes en operaciones comparables. Para los efectos de esta fracción, el porcentaje de utilidad bruta se calculará dividiendo la utilidad bruta entre el costo de ventas.*

Este método tiene como finalidad controlar entre empresas relacionadas, el costo de los bienes y servicios para que éstos no sean trasladados a un valor inferior de aquel que se hubiera pactado entre empresas independientes, y en caso de darse, la aplicación del método permitirá nivelar el costo de los bienes y servicios a un monto real que implique un ingreso para aquel que vendió a un precio menor y una deducción por el ajuste en la operación para el que adquirió los bienes y servicios.

Los Métodos de Precio de Reventa y de Costo Adicionado:

- Basados en la similitud de las funciones
- Los ajustes para mejorar la similitud para que sean fiables deben efectuarse siempre y cuando existan las siguientes diferencias:
  - Los costos de las instalaciones y antigüedad de la planta y equipo
  - Experiencia empresarial y eficiencia administrativa
  - Practicas contables. Incluyen garantías y/o servicios en el costo de fabricación.

*IV. Método de partición de utilidades, que consiste en asignar la utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, en la proporción que hubiera sido asignada con o entre partes independientes, conforme a lo siguiente:*

- a) *Se determinará la utilidad de operación global mediante la suma de la utilidad de operaciones obtenida por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación;*
- b) *La utilidad de operación global se asignará a cada una de las personas relacionadas considerando elementos tales como activos, costos y gastos de cada una de las personas relacionadas, con respecto a las operaciones entre dichas partes relacionadas.*

Este método pretende evitar que las utilidades de las empresas relacionadas se transfieran indiscriminadamente entre ellas y se evite el pago del impuesto que corresponde a la empresa en el país en el que los ingresos fueron generados. La utilidad global será la que se obtenga en la operación, sin importar cuantos sujetos pasivos intervinieron y ésta se distribuirá en la proporción comparativa y en base a la detentación de activos, en relación a los gastos y costos que correspondan a cada una de ellas.

*V. Método residual de partición de utilidades, que consiste en asignar la utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, en la proporción que hubiera sido asignada con o entre partes independientes conforme a lo siguiente:*

- a) *Se determina la utilidad de operación global mediante la suma de la utilidad de operación obtenida por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación.*
- b) *La utilidad de operación global se asignará de la siguiente manera:*

1. Se determinará la utilidad mínima que corresponde en su caso, a cada una de las partes relacionadas mediante la aplicación de cualquiera de los métodos a que se refieren las fracciones I, II, III, IV, y VI de este artículo sin tomar en cuenta la utilización de intangibles significativos.
2. Se determinará la utilidad residual, la cual se obtendrá disminuyendo la utilidad mínima a que se refiere el apartado 1 anterior, de la utilidad de operación global. Esta utilidad residual se distribuirá entre las partes relacionadas involucradas en la operación tomando en cuenta, entre otros elementos, los intangibles significativos utilizando por cada una de ellas, en la proporción en que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes en operaciones comparables.

Este método, al igual que el anterior, pretende evitar que las partes relacionadas asignen la utilidad indiscriminadamente a los involucrados en la operación, afectando la recaudación fiscal respectiva. El procedimiento es complejo, pero efectivo, ya que permite al sujeto pasivo determinar la utilidad mínima de la operación en base al método que más convenga, siempre y cuando se trate de los métodos aceptados en esta ley.

Método de Partición de utilidades y Residual de Partición de Utilidades:

- Concebidos para analizar "transacciones fuera de los común par los cuales no existen transacciones comparables.
- Deben basarse proporcionalmente sobre las contribuciones hechas por los beneficios o pérdidas operativas del grupo.
- La renta presunta de un contribuyente puede superar el total de los beneficios del grupo.

VI. Método de márgenes transaccionales de utilidad de operación, que consiste en determinar, en transacciones entre partes relacionadas involucradas, la utilidad de operación que hubieran obtenido empresas comparables o partes independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables tales como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo.

Este método:

- Suele ser el último recurso como método y al mismo tiempo el método más comúnmente utilizado
- El método es adecuado únicamente cuando la aplicación de los métodos tradicionales basados en transacciones entre empresas no relacionadas sean menos fiables y más difíciles de aplicar.
- Se basa principalmente en la similitud de los recursos empleados y los riesgos asumidos.
- Para incrementar la similitud deben efectuarse los siguientes ajustes:
  - El capital empleado en la operación
  - El costo de las estructuras y la antigüedad de las plantas y equipos
  - Experiencia empresarial y eficiencia administrativa

Este método consiste en determinar la utilidad de operación que hubieran obtenido empresas similares o partes independientes en operaciones comparables, con base a factores de contabilidad que tomen en cuenta variables tales como activos, ventas, costos, gastos, o flujos de efectivo. Es uno de lo métodos más usado en las legislaciones extranjeras. Al aplicarlo se hacen análisis de carácter universal a través de encuestas, las que pueden ser publicadas en los diferentes medios de comunicación.

De la aplicación de alguno de los métodos señalados en este artículo, se podrá obtener un rango de precios, de montos de las contraprestaciones o de márgenes de utilidad, cuando existan dos o más operaciones comparables. Estos rangos se ajustarán mediante la aplicación de métodos estadísticos. Si el precio, monto de la contraprestación o margen de utilidad del contribuyente se encuentra dentro de estos rangos, dichos precios, montos o márgenes se consideran como pactados o utilizados entre partes independientes. En caso de que el contribuyente se encuentre fuera del rango ajustado, se considerará que el precio o monto de la contraprestación que hubiera utilizado partes independientes, es la mediana de dicho rango.

Para los efectos de este artículo y del artículo 64-A, los ingresos, costos, utilidad bruta, ventas netas, gastos, utilidad de operación, activos y pasivos, se determinarán con base a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

*COMO SE PROCEDERÁ CUANDO AUTORIDADES DE OTRO PAÍS REALICEN UN AJUSTE A LOS PRECIOS O MONTOS DE CONTRAPRESTACIONES DE UN CONTRIBUYENTE*

*(A) artículo 65-A Cuando de conformidad con lo establecido en un tratado internacional en materia fiscal celebrado por México, las autoridades competentes del país con el que se hubiese celebrado el tratado, realicen un ajuste a los precios montos de contraprestaciones de un contribuyente residente de ese país y siempre que dicho ajuste sea aceptado por las autoridades fiscales mexicanas, la parte relacionada residente en México podrá presentar una declaración complementaria en la que se refleje el ajuste correspondiente. Esta declaración complementaria no computará dentro del límite establecido dentro del artículo 32 del código fiscal de la federación.*

*CFF 32*

Las modificaciones y adecuaciones de los artículos anteriores, dada la evolución del comercio internacional y los lineamientos ya adoptados en materia de fiscalía internacional, eran necesarias, lo que permite a los contribuyentes cuantificar de manera más clara sus utilidades fiscales y demostrar que se encuentran dentro de la ley.