

DOCUMENTOS

**INTANGIBLES Y PRECIOS DE TRANSFERENCIA.
A propósito de la Section 482 del IRC y la
nueva reglamentación 2007 del Tesoro de los EE UU**

Autor: Tulio Rosembuj
Universidad de Barcelona

DOC. N.º 11/07



INSTITUTO DE
ESTUDIOS
FISCALES

N.B.: Las opiniones expresadas en este documento son de la exclusiva responsabilidad del autor, pudiendo no coincidir con las del Instituto de Estudios Fiscales.

ÍNDICE

A. LA EXPLOTACIÓN DEL CAPITAL INTELECTUAL

1. INTRODUCCIÓN

2. LA VENTAJA COMPETITIVA

2.1. Bienes públicos indivisibles

2.2. Indivisibilidad y cosa común

2.3. Los sujetos y la cosa común

2.4. *¿At arm's length* o fórmula de reparto?

B. LA PROPIEDAD DEL INTANGIBLE

3. SECTION 482 DEL INTERNAL REVENUE CODE DE LOS EE UU

3.1. Section 197 del IRC de los EE UU. Amortización de intangibles

3.2. Section 936(3)(B) del IRC de los EE UU. La renta de la propiedad intangible

3.3. El propietario, el poseedor y el tenedor

3.4. La propiedad del intangible en Sec. 482 IRC

3.5. La contribución al desarrollo del intangible ajeno

3.6. Los servicios y la transmisión de activos intangibles

3.7. Los pagos condicionados

3.8. El reglamento provisional de 4-8-2006 del Treasury-IRS. Atribución de la renta y deducciones de intangibles

3.8.1. Las condiciones contractuales y la sustancia económica

C. EL TRÁFICO JURÍDICO DE LOS INTANGIBLES

4. *BRAND Y BRAND EQUITY*

5. LOS INTANGIBLES DE PRODUCCIÓN

6. LA VENTA, LA LICENCIA, LA APORTACIÓN NO DINERARIA

6.1. La venta

6.2. La licencia

6.2.1. La división del beneficio

6.2.2. El retorno sobre la capitalización de gastos. 6.3. La aportación no dineraria

CONCLUSIONES

A. LA EXPLOTACIÓN DEL CAPITAL INTELECTUAL

1. INTRODUCCIÓN

La explotación del capital intelectual puede ser directa o indirecta. La primera de las formas, la utilización por el titular legal o poseedor legítimo es la lógica de cualquier organización mercantil. El acceso a la ventaja competitiva significa el vehículo de beneficios futuros antes que otros y su efecto es el fortalecimiento de la posición en el mercado. El titular aprovecha las utilidades de su capital intelectual. La segunda de las formas divorcia la titularidad, de la gestión del capital, a cambio de una parte de los beneficios derivados. Esto puede suponer la venta, la licencia, o la aportación no dineraria a otras sociedades o entidades vinculadas.

El conjunto vinculado es un ámbito específico y peculiar, puesto que el tráfico jurídico del bien inmaterial en su interior, será directo o indirecto en función de los intereses de su titular(real).Es decir, puede darse una forma de explotación directa o indirecta en base a las ventajas que ocasione, desde la perspectiva hacia el exterior de la competencia comercial y fiscal. En otros términos, una venta puede no responder a su naturaleza jurídica efectiva o, a la inversa, un arrendamiento podría analizarse como venta según las condiciones contractuales o la cesión de un intangible puede caracterizarse como un servicio o éste como la cesión de un activo inmaterial.

La forma de los contratos y acuerdos no contractuales en el conjunto vinculado debe tomar en cuenta que la disposición o posesión y goce de bienes y servicios en su interior origina desplazamientos financieros y fiscales transfronterizos en cuya virtud la opción fiscal puede apuntar a la deducción de los pagos y gastos que se efectúan desde un determinado país y/o al cobro o ingreso que supone para otro en un país distinto. La localización de los pagos y gastos o de los cobros e ingresos puede apoyarse en finalidad fiscal exclusiva y, por tanto, subordinando la realidad jurídica efectiva a los propósitos de una organización transnacional bajo dirección unitaria sobre el común de todos sus miembros. Pero, sería un error reducir el precio de transferencia interno a la sola expresión tributaria. En verdad, el precio de transferencia es el modo de retribución típico del conjunto vinculado transnacional.

La organización subyacente del conjunto vinculado es una e integral y no califica sus partes, sean filiales, representantes, sucursales, presencia comercial, como entidades separadas e independientes. El precio a cobrar o a pagar por la disposición, posesión o goce de un bien de capital intelectual no está en el segmento, si no en la opción del conjunto y para satisfacer el interés legítimo de la organización en su totalidad¹.

El ahorro de coste fiscal o el aumento del beneficio consolidado libre de impuestos del conjunto vinculado es una ventaja competitiva ligada a la organización transnacional y que, esencialmente, en la actualidad, se sustenta en la difusión y diseminación simultánea de capital intelectual propio en el mercado global.

La explotación de los bienes inmateriales en versión global conforma un vehículo de precio de transferencia, que autoalimenta la distribución total de la carga fiscal voluntariamente soportable.

La localización o deslocalización del beneficio del conjunto vinculado entre Estados opera mediante los precios de transferencia de bienes y servicios, cuya calificación jurídica, en todo caso, dará como resultado o abuso de las formas jurídicas o, más aún, simulación. No hay, en verdad, precio de transferencia que no se exhiba en un contrato, acuerdo no contractual o documento entre las partes indicadas, para encubrir la divergencia de la contraprestación, con la que hubiera debido esta-

¹ R.S. Avi-Yonah, "The rise and fall of arm's length: A study in the evolution of US International Taxation", 15 *Virginia Tax Review* 89-159, 1995..."Las multinacionales son entidades usualmente integradas a la que cada filial contribuye y el precio de transferencia entre las filiales está bajo el pleno control de la multinacional la cual naturalmente considera las implicaciones fiscales al establecer tales precios".



blecerse conforme al valor normal de mercado, con finalidad fiscal exclusiva. Pero, es reductivo instalar la sospecha de desviación sistemática en un orden operativo que no puede actuar de otra manera que la que actúa.

La reacción de cada ordenamiento jurídico convierte en trasgresión legal fiscal un modo de actividad que está fuertemente condicionado por la forma de organización única y unitaria del conjunto vinculado.

La conducta anómala del conjunto vinculado no puede atribuirse a motivaciones o razones de sujeto infractor por su propia naturaleza; sino a la especial tensión que supone tratar de identificar *at arm's length* la circulación de bienes, derechos, servicios, en el circuito de una organización única y unitaria. El comercio independiente en el mercado no es la analogía más eficiente para juzgar las operaciones intrafirma. Básicamente, porque muchas de esas transacciones no se llevarían a cabo con terceros fuera de la organización.

Esto se hace evidente en los servicios e intangibles, puesto que integran el núcleo esencial de la ventaja competitiva de la empresa. Es cierto que hay contribuciones maduras, de rutina, que forman parte de la cultura del sector económico en el que se actúa y cuya cesión o concesión no merma la capacidad de la empresa; pero, no lo es menos que el secreto posesorio, el secreto propietario, el capital humano, que puede determinar el mayor valor del crédito o reputación (*goodwill*) está fuera de los parámetros de transacciones u operaciones ordinarias². En otros términos, la comercialización del capital intelectual resulta de la conversión de activos únicos, especiales, innovadores, en mercancía (*commodity*) ,pero, en ese supuesto no es que se contraste con su valor normal de mercado, sino que equivale, en su resultado, al valor normal de mercado porque no hay otro.

Solo por circunstancias o azar, el valor de los intangibles o de los servicios calificados por su secreto, posesorio o propietario, no podrá ser fiablemente comparado con el de otra organización en el sector, porque, simplemente, no existe.

”Un sector influyente de la doctrina enfatiza que las corporaciones modernas existen precisamente porque tienen dificultades para fiarse de las transacciones en el mercado bajo ciertas circunstancias. Cuando el *know how* u otros activos intangibles son *inputs* importantes ,hay “dificultades en las transacciones “³. Si hay valor, hay secreto y si hay secreto no hay posibilidades efectivas de comparación en el mercado.

El precio de transferencia responde al valor del secreto en una particular forma de organización jurídica, cooperando a la creación de crédito o reputación, aún a pacto de incumplimiento de la ley fiscal. El precio interno responde a una organización que es unitaria y única y no al contrario. Hay una comunidad de objeto, de personas, de poseedores, de intereses que colecciona sus decisiones bajo dirección central: un fondo de comercio inicial que se despliega globalmente, aprovechando la creación y expansión de su capital intelectual como vehículo de diversificación simultánea.

2. LA VENTAJA COMPETITIVA

La ventaja competitiva internacional es consecuencia de la acumulación y explotación simultánea y global del capital intelectual (intangibles, servicios o ambos).La diferencia en el mercado permite el paso adelante, sea en mas rentabilidad, menos costes o, asimismo, en la creación de barreras que impidan el acceso de los competidores. El escenario del hecho global gira en torno a la disposición y posesión de información y conocimiento. El crédito o la reputación de la organización es su fondo de comercio inicial, su contenido de novedad aplicable en todos y sobre todos los lugares en los que se actúa o pretende actuar. La especificidad del hecho global inmaterial es que resulta susceptible de aplicación simultánea en distintas localizaciones, sin que ninguna de ellas excluya a las restantes.

² Tulio Rosembuj. *Los Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual*. Barcelona, 2003.

³ Ch. McLure Jr., “Federal use of Formula Apportionment to tax income from intangibles”, 14 *Tax Notes International* 859, 1997.

La organización unitaria bajo dirección única tiene un problema añadido respecto a la que no lo es. La circulación de la idea o de la innovación en su interior mediante la cesión o concesión a filiales, agencias, sucursales, presencias comerciales en el exterior carece, en verdad, de un precio objetivizable. Esto es, un precio de mercado o cuasi ya que el sentido del tráfico es el máximo aprovechamiento de la creación en el menor tiempo posible, sin obstáculos que impidan su efecto en toda la organización. O, la ausencia de precio porque no hay intención alguna de cesión o concesión a terceros independientes.

“Por ejemplo, si tu tienes alguien en la empresa que ha conseguido una buena idea o proyecto, sería un grave fallo establecer un precio de transferencia sobre la idea dentro de la empresa. Tan pronto como se aplica en un sitio, tu debes aplicarla en toda la empresa. No puedes impedir que un precio impida el proceso. Pienso que a un nivel esencial, no sabemos todavía cuales son las medidas análogas de coste o de precio de transferencia que funcionan.”⁴

Hay una primera distinción que alude a los bienes de información comercializables de los que no lo son. Los primeros tienen un componente conocido en el sector o en la industria, conocimiento público que viene de su periodo de madurez o de su transformación en tecnología de rutina. Esos intangibles y servicios, por difícil que sea su individualización, pueden abordarse desde una perspectiva tradicional *at arm's length*, puesto que, en la práctica, son mercancías comparables y susceptibles de valor de mercado.(contribuciones de rutina).

Los bienes de información que no son comercializables son los que predicen la ventaja competitiva que deriva de su carácter específico, peculiar, como bienes únicos, raros, de imperfecta imitación o difícil sustitución(contribuciones que no son de rutina). Es aquí donde el criterio de valor normal de mercado resulta ausente por mor de la incomparabilidad. El tráfico dentro de la organización no responde al precio, sino a la diseminación o difusión contemporánea en los lugares donde se lleve a cabo la actividad económica.

La identificación del intangible no de mercado, principal fuente de riqueza de la organización, es uno de los puntos de mayor complejidad. El valor normal es un recurso útil en la medida que se aplica sobre bienes y servicios normales cuya transacción discurre en condiciones normales. No hay, sin embargo, una alternativa usual, desde el momento en que la operación tiene como referencia un bien o servicio peculiar o distinto, fuera de mercado:

“Aquel de los nuevos bienes es el mundo de la diferenciación y de la subjetividad “creativa”,no de la uniformidad o de la objetividad “serial” y “repetitiva.”⁵

No está demás repetir, aunque sea sabido, que en la fijación del precio de transferencia dentro del conjunto vinculado prevalecen formas y contenidos que no necesariamente coinciden con las operaciones similares que se practican entre empresas independientes.

Aún más, algunas de ellas nunca se celebrarían con éstas para no facilitar la ventaja competitiva adquirida. La cesión o concesión de información a una filial no parece que sea automáticamente identificable con los usos normales de mercado, porque el interés es distinto, sea para procurarse la diversificación o la economía de escala que se pretende o impedir la entrada de la competencia en el mercado⁶.

2.1. Bienes públicos indivisibles

El bien inmaterial tiene los atributos del bien público o social indivisible en cuya virtud su consumo individual no impide su utilización simultánea por otros. No es como en el caso del bien material cuyo empleo por alguno significa una limitación para su uso por otros. Los intangibles, como los bienes públicos en sentido estricto, son de consumo no rival: sirven para la satisfacción de una

⁴ P. Romer, “The Soft Revolution: Achieving growth by managing intangibles”, en *Intangible Assets. Values, measures and risks*, editores J. Hand-Baruch Lev, Oxford, 2003, p. 92.

⁵ S. Cipollina, *I confini giuridici nel tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2003, p. 251.

⁶ M.S. Aholes; M.A. Wolfson, *Fiscalité et strategie d'entreprise*, Paris, 1996, 353; Scholes, Wolfson, Erickson, Maydew, Shevlin, *Taxes and business strategy. A planning approach*, New Jersey, 2002, p. 280: “...el bien o servicio transferido no tiene un mercado pronto fuera de la relación especial entre las partes vinculadas. El precio de transferencia de la renta derivada de intangibles como patentes o marcas puede ser particularmente discutible”.

pluralidad indefinida de individuos, sin que el disfrute de una parte de los mismos, excluya el que pueden recabar los demás. El bien inmaterial es de oferta indivisible, no excluyente⁷.

Una de las consecuencias de su calificación como bien indivisible es que el activo inmaterial no es susceptible de partición, so pena de desmerecimiento o detrimento de su valor íntegro. La fractura de aplicación mengua su aprovechamiento y está directamente relacionada con la necesidad de diseminación total y simultánea de su explotación. En otros términos, la escala y la velocidad son determinantes de la ventaja competitiva del intangible y de su indivisibilidad técnica y económica⁸.

Esto es evidente en cuanto al fondo de comercio inicial que la organización aporta a todos sus elementos integrantes. El crédito o reputación primero es una dotación relevante para la actividad a desarrollar que tiene en su valor preexistente la clave del valor futuro de la sucursal, filial, agencia, presencia comercial de que se trate. El fondo de comercio es indivisible por definición, puesto que su división, fractura o reparto, supone un efecto devaluatorio y detrimental y el goodwill es único para el conjunto vinculado del que se aventaja o perjudica cada una de las partes que lo integran. Sin embargo, una vez que el fondo de comercio individualiza la organización en otros países y mercados, su valor o desvalor dependerá, también, de los elementos que forman parte de la misma; planteándose una suerte de comunidad (de bien) indivisible en torno al crédito o reputación que beneficia o perjudica al conjunto, en proporción a su actividad, riesgo, beneficio.

2.2. Indivisibilidad y cosa común

No es arriesgado definir la indivisibilidad del fondo de comercio del conjunto vinculado como presupuesto de las relaciones jurídicas de sus partes a la cosa en común. a subordinación jerárquica, control o la dirección unitaria no elimina que los partícipes posean intereses compartidos en la finalidad común de la organización (matriz, dominante, controlante).

De la aportación inicial del fondo de comercio indivisible a los sujetos o entidades vinculadas podría inferirse una mera distribución unidireccional de actividades de recepción pasiva desde el centro a la periferia; pero, esto no es verdad, puesto que desde el fondo de comercio inicial cada partícipe desarrolla activamente en su ámbito los objetivos trazados, pero, a la vez, interactúa con la totalidad de los intereses representados. La oferta del fondo de comercio inicial, indivisible e inmaterial, postula un objeto compartido, una cosa en común, para su realización en comunidad de derechos e intereses. La degradación del *goodwill* o su reevaluación circula en todas las direcciones, afectando a su creador o a los aplicadores, a la organización central o a sus radios.

La cosa en común, el fondo de comercio, no es solo de una parte, sino de varios, con diferente título y en la proporción que se pacte. Pero, lo que es relevante es la consideración de una comunidad de intereses representativa de las relaciones jurídicas entre los componentes del conjunto vinculado, con prescindencia de sus formas jurídicas o acuerdos contractuales o no contractuales existentes. La pluralidad de sujetos o entidades indica el objeto compartido, la cosa común, cuyo origen es la explotación del fondo de comercio de la organización, en algún caso con derecho dominical, posesorio o de mero interés legítimo a su gestión y resultado.

La aportación del fondo de comercio inicial, del intangible de la organización, sea como secreto posesorio, secreto propietario o capital humano, es la condición necesaria para el aprovechamiento de la ventaja competitiva en el mercado. El objeto indivisible determina la subordinación de los participantes a su conservación y acumulación, que trasciende la obtención de satisfacciones particulares, en base a una finalidad común, de gestión colectiva y jerárquica.

La indivisibilidad del objeto significa que no hay exclusión de beneficios o riesgos, de pérdidas o costes que no afecten, en su proporción, a cualquiera de los miembros del conjunto vinculado.

Las distintas situaciones jurídicas subjetivas de los comuneros del conjunto vinculado conjugan la pluralidad de personas o entidades con diverso título sobre el fondo de comercio de la organización única, bajo dirección unitaria y orgánica, cuyo objeto es indivisible, común y compartido.

⁷ D.J. Teece, *Managing intellectual capital*, London, 2002, p. 15; B. Lev, *Intangibles. Management, measurement and reporting*, Washington, 2001, p. 22; F. Forte, *Manuale di teoria política e istituzioni della finanza pubblica*, Torino, 1981, p. 31.

⁸ J.R.M. Hand, "The increasing return to scale of intangibles", p. 303 in J. Hand-B. Lev, *Intangible Assets*, op. cit. p. 306.

La división o partición del objeto inmaterial supone o la extinción o la devaluación del valor de la organización en su totalidad.

El núcleo esencial del conjunto vinculado es, entonces, la diseminación de su fondo de comercio entre los partícipes, el nexo de agregación inmediata de una pluralidad de personas y entidades en torno a un fin unitario. La organización se expande mediante la contribución de su fondo de comercio a otros partícipes bajo forma jurídica diversa, sean sociedades filiales, sucursales, presencia comercial, agentes, lo cual supone la comunidad de intereses del conjunto vinculado.

La puesta en común del crédito o prestigio de la organización, de la información y conocimiento que atesora es la condición necesaria para que pueda obtenerse algo más de lo que dispone, mediante la generalización del objeto a una pluralidad de sujetos que constituyen, pese a la diversidad de sus formas y títulos jurídicos, una verdadera comunidad de intereses participantes.

El fondo de comercio inicial es jurídicamente indivisible, alimentando la constitución de la comunidad de partícipes en la “cosa común”. Su valor permanece indivisible para el conjunto y tanto su aumento como su disminución no es parcial o fragmentaria, sino total.

El precio de transferencia no es solo un instrumento fiscal, sino también de organización de empresa. Cualquiera de las operaciones o transacciones intrafirma están sujetas a un precio que responde, en primer lugar, a la autorregulación interna, a la comunidad de intereses constituida y, después, a otras finalidades coadyuvantes, entre las que destacan las fiscales. Pero, es un error pensar que en el conjunto vinculado existe otro precio que el de transferencia entre las partes relacionadas, porque, sería absurdo anticipar en el precio decisiones que afectan la ventaja competitiva ante terceros ajenos en el mercado.

La orientación del precio de transferencia depende de la dirección jerárquica unitaria y única y queda siempre subordinada al resultado total del conjunto vinculado. En consecuencia, la fisiología de la comunidad de intereses es el precio de transferencia, ajustado y adecuado a los resultados que se pretenden, incluido el fiscal.

El precio de transferencia tiene en los servicios e intangibles su campo actual de preferencia. Es menos arbitraria (rectius: susceptible de control) la autodisciplina del precio en los bienes inmateriales y servicios que en las mercancías o productos finales. Esto no significa que pueda excluirse en los bienes materiales o físicos, sino que su práctica está más acotada a la contabilidad de los costes y al análisis de comparabilidad con productos o mercancías similares o semejantes y, asimismo, al valor en aduanas. Podría arriesgarse que su efecto en el resultado del conjunto vinculado es menos libre que el de los intangibles y servicios.

La opción real de la decisión del precio de transferencia de los productos o mercancías, terminados o semiterminados, es más cara que la que puede corresponder a los servicios e intangibles, puesto que exhibe un riesgo superior de aplicación, inclusive, con sanción correlativa, como en el caso de los EE UU o, recientemente, España.

La perspectiva de análisis alternativa, fundada en la separación de las partes del conjunto vinculado, supone el desconocimiento de la naturaleza del conjunto vinculado como comunidad de intereses único y unitario. Esto conduce inevitablemente a la trasgresión en el país donde se evita o elude el impuesto sobre el beneficio doméstico. El precio de transferencia sirve como vehículo de reparto irregular de beneficios hacia otro país de baja o nula fiscalidad. Es, en palabras de un autor, el “autocontrol del coste del impuesto del beneficio sobre base mundial”⁹.

El traslado irregular de beneficios gravables conforma un abuso de formas o simulación en el país donde se provoca el hecho lesivo para su transporte artificioso hacia localizaciones fiscales más favorables.

El problema es más grave desde la perspectiva del mercado, local o internacional, porque el precio de transferencia en si mismo es una *prima del conjunto vinculado como tal*; un premio que, a la par, aventaja al sujeto y crea una desventaja a la empresa independiente. El mercado deja de funcionar *at arms length* cuando es el cauce para privilegiar los comportamientos distorsivos. Es la idea de *passive association* en el nuevo reglamento, que sirve para desestimar servicios onerosos cuando el receptor los recibe simplemente por ser miembro del grupo.

⁹ R. Feinschreiber, *Transfer pricing methods. An application guide*, New Jersey, 2004, p. 51.

Si el presupuesto de la discriminación, a obtención de ventajas competitivas, es la autorregulación de la disciplina fiscal en base a criterios propios, de conveniencia, el precio de transferencia asume el carácter de *opción real de empresa*, aparejando, de partida, un beneficio del que están fuera los que no reúnen los elementos propios de la empresa asociada o vinculada. La consecuencia es la competencia comercial lesiva, la alteración de las condiciones competitivas, en perjuicio de los terceros concurrentes.

Por eso, desde el examen completo del conjunto vinculado y la admisión regular del precio de transferencia intrafirma derivan conclusiones distintas, ya que propone un modo de gravamen del beneficio que debe, necesariamente, calcularse sobre la unitariedad y unidad de la organización y, en particular, sobre la indivisibilidad jurídica del fondo de comercio. Es cierto que una aproximación de detalle sobre el contenido del fondo de comercio permite apreciar diferencias entre el secreto posesorio, el secreto propietario y el control de los bienes inmateriales; pero, no lo es menos que el punto de partida debiera, por fuerza, responder a la idea de conjunto, que no de partes aparentemente autónomas e independientes, partes dependientes aparentemente autónomas, partes ficticias no autónomas ni independientes. Me refiero, a sociedades filiales, sucursales, sociedades de papel o equivalentes.

Y, no menos importante, sería la correcta calificación del precio de transferencia como *prima* ajena a la voluntad de competencia leal, derivada del funcionamiento de la organización unitaria y única bajo dirección jerárquica y orgánica. Al límite, hay una confrontación entre la competencia comercial ilícita y la competencia fiscal lesiva que se conecta inmediata y directamente al ahorro de costes o aumento de beneficios que no tienen por origen solo y exclusivamente la competitividad, sino, además, la voluntad adicional de aprovechamiento fiscal y mercantil respecto al mercado.

No es que el conjunto vinculado exista para la elusión o evasión fiscal o la competencia desleal, pero, una vez que existe impulsará las situaciones de ventaja que le asisten, incluidas las fiscales y comerciales.

2.3. Los sujetos y la cosa común

La comunidad de intereses se construye a través de una pluralidad de sujetos con un objeto único y común. La indisolubilidad del vínculo tiene como base el fondo de comercio, como bien jurídico autónomo de los elementos que lo nutren, y cuyo contenido es el compendio del capital intelectual de la organización. Su división suele ser irreparable, desmereciendo a la totalidad y la dispersión de sus elementos componentes informa la destrucción o desaparición del fondo de comercio.

La articulación de intereses en primer grado ofrece la participación del capital relacional en la conservación del fondo de comercio –clientela, proveedores, distribuidores–; la participación del capital financiero –los accionistas–; de los inversores y de los trabajadores (del capital humano), participación necesaria para la adquisición y mantenimiento de la ventaja competitiva. La comunidad de intereses dependiente de la *corporate governance* de la organización. La pluralidad de sujetos vocados a la creación de rentas apropiables es una articulación de primer grado que es genérica a cualquier tipo organizativo, sea o no conjunto vinculado.

La articulación de intereses en segundo grado es, en cambio, específica, al conjunto vinculado y supone que hay una pluralidad de sujetos partícipes cuyos derechos y obligaciones resultan de su integración en el conjunto vinculado y, en virtud de lo cual, devienen propietarios, poseedores o tenedores del fondo de comercio único y común, que les estaría vedado si no estuvieran dentro.

El fondo de comercio es el proindiviso compartido por una pluralidad de sujetos y lo es porque están en comunidad. Esto no significa que todos los sujetos sean titulares del o de los mismos derechos que causan su legitimación. Los hay que son propietarios legales de patentes o marcas; quienes son poseedores, por su señorío de hecho, de *know-how* y, por último, los que pueden ser meros tenedores o detentadores por su actividad particular en la creación, desarrollo o aumento de valor de la marca, de la patente, del *know-how*, del I+D, en suma, del fondo de comercio.

La participación de una pluralidad de sujetos en la cosa común indivisible, en el fondo de comercio de la organización, al amparo del secreto propietario, del secreto posesorio, del mero control material, indica que el trazo subjetivo de la comunidad de intereses no es singular y propio de cada miembro, si no que se refiere a derechos, señoríos, usos parciarios distintos del derecho colec-

tivo del conjunto vinculado. En efecto, el conjunto no es equivalente a las pretensiones jurídicas separadas de las personas que lo integran, puesto que bien puede calificarse como sujeto de derecho resultante de la participación de la pluralidad de sujetos en la cosa común, en el fondo de comercio. Una pluralidad de sujetos en el sujeto colectivo que tiene por objeto el acceso al fondo de comercio de la organización, a título propietario, de poseedor, de tenedor, en la proporción y alcance cuantitativo y cualitativo que se pacte.

No es la patente, entonces, ni la marca; no es la publicidad ni la investigación y desarrollo; sino todos y cada uno de los intereses los que crean la comunidad, partiendo del fondo de comercio indivisible y compartido.

La mera pertenencia al conjunto vinculado genera el derecho o la facultad al disfrute del fondo de comercio, simplemente, por estar en la comunidad y no fuera, por ser comunero y no empresa independiente. Y no enturbia el concepto que cada una de las personas partícipes pueda ostentar expectativas o derechos distintos, a veces ligadas a la propiedad legal o jurídica (el titular de la patente) y otras a la posesión (el *know how* o la inversión de publicidad del distribuidor en la difusión de la marca).

A la vez, la mera pertenencia determina obligaciones del partícipe hacia el conjunto o a favor de alguno de los otros miembros que no las tendría si no fuera comunero. Este coste es simétrico al beneficio que inaugura la pertenencia al grupo común. El fondo de comercio no es un activo estático y cristalizado, dado que requiere conservación y acumulación sucesiva. No hay organización que voluntariamente actúe para el consumo y desvalor de su crédito o reputación en el mercado.

Por lo tanto, el primer deber del comunero es hacia el fondo de comercio preexistente recibido para iniciar su andadura y la forma de pago se traducirá en compensaciones en el precio de los servicios que necesite para su actividad económica, en los costes de proceso y producción de los bienes y servicios, en investigación y desarrollo, sostenimiento de la *brand* o del *know how*.

No tiene parangón la transacción de mercado y la que se verifica entre empresas asociadas. Y no lo tiene porque hay operaciones o tráfico patrimonial que nunca se producirían si no fuera porque la parte pertenece a un todo. En primer lugar, la entrada en el mercado arropada por un crédito que asegura clientela inmediata desde la instalación y, en segundo lugar, porque la penetración en el dicho mercado tiene el respaldo y la garantía de servicios e intangibles que la facilitan, sin contar, el capital o inversión financiera.

El precio de transferencia originario se despliega desde el momento en que se adopta la opción real de constitución e iniciativa económica en otro país. Aquí se establece la primera obligación del miembro, los compromisos de pago primarios que debe afrontar para confirmar su actividad económica. La puesta en común del fondo de comercio implica el *buy-in* de todos y cada uno de los beneficiarios del conjunto vinculado, o sea, el precio de la pertenencia a la comunidad de intereses.

La obligación de *buy-in* es, a nuestros fines, sumamente ilustrativa, puesto que si bien se expresa en el acuerdo formal de reparto de costes en el conjunto vinculado para el desarrollo de I+D tiene un alcance superior. En efecto, el *buy-in* es la obligación de pago al propietario del intangible preexistente para su puesta en común. Asimismo, es una obligación impuesta a cualquiera de los nuevos partícipes que se incorpora con posterioridad al proyecto de creación o mejora del intangible. En rigor, es una prima por el acceso al bien de información previo en proporción a los costes y beneficios que persigue.

El reconocimiento del beneficio previo y del coste sucesivo es consecuencia del nexo de vinculación y, su *premium*, al ser fuera de mercado representa el precio de transferencia inicial del *start up* de la empresa en otro lugar. La lógica es la misma que inspira el *buy-in* de intangibles preexistentes en el acuerdo compartido de costes en base a la expectativa razonable de beneficios que se esperan.

2.4. ¿At arm's length o fórmula de reparto?

El criterio de comparación externo del valor normal de mercado ha sido objeto de críticas, una de las cuales y la más importante, es la contradicción entre una organización única y unitaria, de actuación global y el esfuerzo de valorar su actividad interna como si las sociedades y



entidades que la integran fueran independientes o separadas. Esto es particularmente claro en materia de intangibles únicos donde las comparaciones no pueden llevarse a cabo, porque simplemente no las hay¹⁰.

La alternativa de la fórmula de reparto al criterio del *at arm's length* define un sistema unitario del conjunto vinculado, apreciando su carácter organización única y global que califica el beneficio total del conjunto vinculado y su localización en cada Estado en base a las ventas, propiedad o salarios sostenidos en cada uno de ellos¹¹.

La fórmula del reparto tiene su principal mérito en la premisa que la sostiene, esto es, la unidad del sujeto y la necesaria conveniencia comercial y fiscal que guía su tráfico jurídico y empresarial dentro de la organización. Su aplicación internacional es dudosa en ausencia de acuerdo general entre los Estados, que lleva o a la no imposición o a la doble imposición de las operaciones transfronterizas.

Pero, quizá, son los principios que le inspiran los que están destinados a influir en el tratamiento de los precios de transferencia. El recurso a indicadores internos de referencia, tales como la propiedad, los salarios, las ventas, suponen que la calificación del problema puede relativizar la búsqueda de comparables externos a la organización única. El valor normal de mercado puede derivarse desde el interior de la empresa, en defecto o ante dificultades para conseguir la referencia con otro externo.

La fórmula de reparto se asienta en la idea de una organización única y unitaria cuyo beneficio puede deducirse de su propia actividad económica conjunta a través de indicadores de diversa naturaleza.

No es exagerado señalar que en materia de intangibles la fórmula de reparto tiene dos ejemplos propios: el *profit split* y la capitalización de costes. El primero, consiente, desde la propia empresa, en atribuir el beneficio o pérdida combinado de operaciones vinculadas conforme a la contribución por cada una de las partes en su valor relativo. El segundo, establece el coste de la inversión en el intangible, *v.g.* publicidad o I+D para determinar su valor capital aproximado que permita obtener una idea del flujo de rendimientos que puede originar.

Por la vía del beneficio o pérdida resultante o del coste se podría definir, al menos en el ámbito de los intangibles, una valoración de las operaciones vinculadas que no fuera ficticia y reflejara la opción real asumida por la organización para su desarrollo.

B. CONCEPTO, PROPIEDAD Y RENTA DEL INTANGIBLE

3. SECTION 482 DEL INTERNAL REVENUE CODE DE LOS EE UU

La Section 482 del IRC habilita a la Administración tributaria a corregir la renta, deducciones, créditos o beneficios fiscales del conjunto vinculado a efectos de impedir la evasión fiscal o reflejar con claridad su renta. El propósito explícito consiste en asegurar la verdadera renta imponible de las operaciones en el seno del conjunto vinculado¹².

En la Section 482 se establece, como concepto general, que cualquier transmisión o licencia de intangible obliga a determinar el beneficio o renta en forma adecuada con relación al beneficio o renta atribuible al propio intangible, permitiendo correcciones de la contraprestación de la operación en periodos sucesivos aunque, en origen, se ajuste al valor de mercado.

¹⁰ M. Graetz, *Foundations of International Income Taxation*, New York, 2003, p. 411 y sigs... "precisamente porque la transferencia de propiedad dentro del conjunto vinculado es la única forma factible de uso de la propiedad".

¹¹ A. Ogley, *Principles of International tax. A multinational perspective*, p. 170; Eden, *op. cit.* p. 563.

¹² T. Rosembuj, *Fiscalidad Internacional*, Madrid, 1998.

La disposición denominada *superroyalty* pretende evitar que el intangible creado o desarrollado en los EE UU se transfiera a una filial en el exterior a bajo precio y a una jurisdicción de baja fiscalidad para preservar su fuente de ingresos. El criterio de la determinación adecuada del beneficio facilita comprobar si la compensación que recibe el transmitente del intangible, en forma única o periódica, es apropiada a la corriente o flujo de renta que puede generar; comprobación que tiene lugar no solo en el momento en que se produce la transacción, sino, en períodos sucesivos.

A partir de enero de 2007 entraron en vigor las nuevas reglamentaciones del Tesoro y del IRS sobre el tratamiento de los servicios y la asignación de renta y deducciones de los intangibles. Conviene previamente, enunciar algunas consideraciones que faciliten su comprensión¹³.

La norma apunta dos conductas de infracción. La una que deriva de la ocultación (evasión fiscal) y la otra, que puede reconducirse a comportamientos de infracción no dolosos, sino dirigidos a desdibujar, emborronar, difuminar, la transparencia de la fuente de renta gravable, en fraude de ley.

El IRS cuantificaba, en 1998, en 2.8 billones de dólares la brecha fiscal derivada del abuso de precio de transferencia¹⁴. Recientemente, se afirma que si diez años atrás el 25% de los beneficios externos de las empresas americanas se localizaba en paraísos fiscales; hacia 2001 puede estimarse que ello ocurre con el 50% de los beneficios. En otros términos, por obra del precio de transferencia se volatiliza la base imponible del Impuesto de Sociedades local y esto se produce con carácter global en cada uno de los Estados fiscalmente correctos. La manipulación del precio de transferencia para desplazar artificialmente renta hacia territorios de baja o nula fiscalidad y gastos a las jurisdicciones de fiscalidad superior...” que va más allá de la minimización legítima de impuestos¹⁵.

El problema que menos preocupa, pero que no debiera, es la específica naturaleza jurídica del conjunto vinculado, una vez que se constata la ineficacia de identificación de las operaciones internas como si fueran propias de empresas independientes en el mercado (*at arm's length*). Y ello porque si se parte de la premisa de la organización única y unitaria, pese a la existencia de sociedades filiales, agencias, sucursales o presencias comerciales en el exterior, podría dibujarse una disciplina que no lleve sistemáticamente a la infracción, sea por abuso de formas o simulación.

La transmisión de intangibles complica, por la propia naturaleza del bien, la aplicación del criterio *at arm's length* y la posibilidad de control¹⁶ comparable del precio de transferencia. El valor del intangible en la organización es difícilmente estimable fuera y con respecto a otra u otras, porque es el núcleo de su ventaja competitiva. A ello se une que, dentro del conjunto vinculado, la calificación de las operaciones responde a la propia naturaleza de la organización única bajo dirección unitaria, dificultando su caracterización fiscal¹⁷.

3.1. Section 197 del IRC de los EE UU. Amortización de intangibles

La Section 197 permite la amortización en quince años de los costes capitalizados de los intangibles que enumera, resultantes de la adquisición en transacciones que suponen un cambio sig-

¹³ Department of Treasury-Internal Revenue Service. Fed. Reg. 2006, pp. 44467-44518. Temporary and proposed section 482 Regulations on Treatment of Services under Section 482; Allocation of Income and Deductions from Intangibles sobre el proyecto de resolución de 10-9-2003.

¹⁴ *Report on the Application and Administration of Section 482*, IRS, 21-4-1999.

¹⁵ E.R. Tsaneva, “Transfer pricing in the world of services and intangibles. A new challenge to preserving the corporate tax base”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 9, 2004; R.F. Reilly; R.P. Schweihs, *Business valuation and Intellectual Property análisis*. New York, 2004; R. Feinschreiber, *Transfer pricing methods. An application guide*. New Jersey, 2004...”el precio de transferencia es una decisión de empresa y una decisión fiscal. Los pagos de impuesto sobre la renta son un coste significativo para la mayoría de las empresas multinacionales y sus transacciones intrafirma son una parte importante de esta exposición al impuesto sobre la renta”, p. 50. OCDE, *Forum on Tax Administration*, Seoul, septiembre, 2006, comunicado final.

¹⁶ T. Rosembuj, *Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual*. Barcelona, p. 76 y sigs.; *Fiscalidad Internacional*, Madrid, p. 30 y sigs.

¹⁷ R.S. Avi-Yonah; D.M. Ring; Y. Brauner, *US International taxation. Cases and materials*. New York, 2005, “Las disputas sobre precios de transferencia radican en la asunción fundamental que cada filial en un conjunto vinculado es un contribuyente separado y separado de la matriz, de modo que importa el precio de las ventas intragrupo. Hay una alternativa obvia: tratar al conjunto vinculado como una entidad única y unitaria y asignar el beneficio total en cada transacción a sus miembros basado en alguna fórmula.”, p. 224; L. Eden, *Taxing multinationals. Transfer pricing and corporate income taxation in Northamerica*, Toronto, 1998, p. 549 y sigs.



nificativo de la propiedad o empleo. La clasificación es más amplia que la contenida en la Section 936(3)(B) y, por ello, añade relevancia al concepto de intangible, en la medida que ésta acepta, abiertamente, la inclusión de bienes inmateriales similares.

El desarrollo reglamentario ofrece los conceptos de intangibles cubiertos por la Section 197.

- Fondo de comercio: valor de la empresa por la expectativa continuada de soporte de clientela debido al nombre comercial o reputación y crédito en el mercado.
- Empresa en actividad: el valor añadido de una empresa ligado a la propiedad, porque la propiedad es parte integral de la actividad en marcha de la empresa. Esto incluye el valor basado en la capacidad de la empresa para continuar su funcionamiento y generar beneficios aunque haya cambio de propiedad.
- Plantilla: comprende la composición de la plantilla ,v.g. experiencia, educación, formación.
- Contabilidad, registros, documentación: se refiere al valor intangible de los manuales técnicos, de formación, programas, archivos de datos y sistemas contables o de control de inventarios. Asimismo, el coste de las listas de clientes, de suscriptores, archivos de pacientes o clientes, la extinción de seguros, las listas de anunciantes.
- Patentes, derechos de autor, fórmulas, procesos, diseños, modelos, formatos o *know how*.
- Capital relacional con clientes: indica la composición del mercado, la cuota de mercado, y cualquier otro valor que resulta de la provisión futura de bienes y servicios por las relaciones con la clientela en el curso ordinario de la empresa, v.g. una base de clientes, un mercado subdesarrollado o crecimiento de mercado.
- Capital relacional con proveedores: señala el valor de la adquisición futura de bienes o servicios usados o vendidos por la empresa a causa de las relaciones con los proveedores. v.g. relaciones favorables con los distribuidores, una valoración favorable de crédito.
- Licencias o autorizaciones públicas: se trata de cualquier derecho concedido para el comercio o la industria, sea para la venta de bebidas alcohólicas o la concesión de frecuencias para radio o televisión.
- Pacto de no competencia: el contrato de compra de la empresa o una de sus partes sustanciales puede incluir el acuerdo de no competencia por el vendedor que es un valor intangible en si mismo.
- Franquicia, marca o nombre comercial: se refiere a aquellas transacciones que suponen la verdadera transmisión del derecho, distintas a las que dan lugar a pagos condicionados por conservación de derechos por el titular.

La Section 197 excluye, en general, el intangible que no resulta de la compra a terceros o no está afectado a la actividad de la empresa y que suponga un cambio significativo de propiedad o uso. En especial, si se trata de intangibles autogenerados por el contribuyente. Por ejemplo, no es amortizable, porque lo crea el contribuyente, un proceso tecnológico desarrollado para la empresa por otra persona, conservando la primera todos los derechos derivados de su aplicación.

El intangible amortizable que se transmite después de un año origina renta ordinaria hasta el límite de la cuantía amortizable. El exceso o defecto será ganancia o pérdida de capital. En cambio, si la tenencia del intangible es de menos de un año o un año, su venta genera ganancia o pérdida de capital.

La Section 197 ilustra sobre los distintos bienes inmateriales y puede apreciarse que, en general, adopta una formulación más amplia que la que se relaciona en la Section 936(3)(B). No obstante, ésta expresa una cláusula residual que absorbe la individualidad del intangible, por ejemplo, la transmisión de fondo de comercio, queda incluida en su concepto, aunque no conste en forma singular.

3.2. Section 936(3)(B) del IRC de los EE UU. La renta de la propiedad intangible

La Sección 936(3)(B) dispone sobre el rendimiento íntegro derivado de la propiedad de intangibles por cualquier sociedad. El concepto de intangible comprende:

- Patente, invención, fórmula, proceso, diseño, modelo o *know-how*.
- Derechos de autor de carácter literario, musical o de composición artística.
- Marca, nombre comercial o *brand*.
- Franquicia, licencia o contrato.
- Método, programa, sistema, proceso, campaña, informe, estudio, previsión, estimación, lista de clientes o datos técnicos.
- Cualquier otro de carácter similar, *el cual tiene valor sustancial independiente de los servicios de cualquier persona*. El valor intangible sustancial autónomo del bien que no se desprende de sus atributos físicos, sino del contenido intelectual.

El artículo excluye el beneficio razonable que deriva de transmisiones, permutas o cualquier otra disposición de productos o de la prestación de servicios y que puede determinarse conforme a los costes directos e indirectos incurridos por la sociedad para obtenerlo.

Hay un bien jurídico apto para generar beneficios de su explotación, por venta, alquiler, aportación, cuya configuración es independiente de la prestación de servicios que le puede acompañar, porque tiene un valor propio, intrínseco, autónomo, de carácter intelectual, derivado de la información, del conocimiento, tácito o expreso, de su titular. La titularidad no se agota en la relación dominical, sino que puede legitimarla la plena posesión del que obtenga los rendimientos, aunque no sea propietario legal o ejercite de cualquier forma el control de su explotación.

3.3. El propietario, el poseedor, el tenedor

La participación de los sujetos en la cosa común responde a fuentes y titularidades diversas. Es el hecho propietario, basado en el título dominical; la propiedad de hecho, fundada en el título posesorio como si fuera el dueño, y, por último, como tenedor o detentador material del bien, cuyo dominio o posesión pertenece a otro.

La identificación de la situación subjetiva activa de la persona respecto al bien inmaterial responde a alguna de las tres modalidades enunciadas.

La Section 482 del IRC y su reglamento define como propiedad legal del intangible la que resulta de su inscripción registral u otras disposiciones legales, conforme a los hechos y circunstancias. La propiedad legal es condición necesaria, pero no suficiente si no hay concordancia con la sustancia económica de la operación o transacción llevada a cabo.

La posesión del sujeto como si fuera el dueño comprende la titularidad que puede derivar del contenido contractual y del alcance de los derechos esenciales concedidos. El ejemplo es cuando un licenciataria recibe del licenciante todos los derechos de uso y explotación en forma perenne y exclusiva, inclusive, con la facultad de cesión a terceros.

Y, finalmente, la tenencia o detentación ilustra la relación material entre el sujeto y el bien inmaterial, siempre por encargo del propietario o poseedor.

La sustancia económica es el determinante de la realidad jurídica en curso y que confronta no tanto la forma y el fondo de la operación, cuanto la efectividad de la forma jurídica empleada y su realidad material, esto es, la forma como prototipo de la transacción y ésta adecuada al vehículo utilizado.

La OCDE parece distinguir entre propiedad legal y propiedad económica aunque, como se verá, no adquiere carácter general. El titular legal es el sujeto que tiene el derecho sobre el intangible y, obviamente, la plena capacidad de cesión y concesión a terceros. El propietario económico, en cambio, es la persona que tiene el derecho a la explotación y utilización del bien inmaterial. Esta diferencia, en verdad, no es otra que la del propietario y del poseedor como si fuera el dueño.

La identificación de la situación jurídica activa de la persona es importante puesto que permite conocer quien es el que tiene derecho a los beneficios o rentas que derivan de la propiedad o explotación del intangible y cuales son los costes que asume para su obtención.

Puede suceder que el propietario legal no sea quien tiene el derecho a los rendimientos, porque no subvino a los costes o que al poseedor como dueño no se le asignen los beneficios de su gestión y si, en cambio, los costes. O, asimismo, que la atribución del valor del capital inmaterial reconozca o desconozca las contribuciones o aportaciones de los detentadores que facilitan su creación, conservación o mejora.

El punto de partida es que en un conjunto vinculado (transnacional) la exportación del intangible hacia el exterior a través de una filial, sucursal, presencia comercial o agente personal da origen a desplazamientos financieros, positivos o negativos, que tienden a la preservación del beneficio o al ahorro directo de costes de la organización unitaria y única, comunidad plural de intereses, como argumento de sostén de la ventaja competitiva y a su reparto conforme al mayor ahorro de impuestos o al menor gravamen a soportar en el país que se manifieste.

Cualquiera que sea la proporción en que se manifieste, el partícipe debe aportar más valor intangible al conjunto como forma simétrica de compensar el *goodwill* inicial que le permite anticipar sus beneficios, pongamos, sobre cualquier otro empresario independiente fuera del conjunto vinculado. El *premium* de la pertenencia es el primer deber y el primer precio de transferencia; lo que se denomina asociación pasiva del miembro al resto.

El precio de transferencia es, a la vez, el modo de circulación retributivo dentro del conjunto vinculado para extraer el máximo rendimiento a su capital intelectual y el vehículo de ahorro fiscal, lícito o ilícito, de la empresa transnacional. En términos claros, es una parte del derecho a la decisión de la organización para invertir, desinvertir, continuar o abandonar.

Más importante aún: todos los miembros o partícipes de la situación de ventaja que ocasiona el fondo de comercio preexistente, el intangible previo que se pone a disposición de las empresas asociadas, deben asumir una obligación indeterminada sobre sus futuros beneficios, ventas, productividad hacia la organización. El precio interno del conocimiento supone la responsabilidad de sus costes de generación, conservación y difusión.

3.4. La propiedad del intangible en Sec. 482 IRC

Es interesante afrontar con un cierto detalle la configuración de la propiedad del intangible porque su individualización permite establecer la atribución adecuada del rendimiento entre las partes del conjunto vinculado, reflejando la respectiva actividad económica para conseguirlo y, por tanto, corregir la asignación del beneficio que no se corresponda sea con su título o con el derecho a la obtención del rendimiento equivalente si la cesión o concesión del intangible se hubiera formalizado con un tercero independiente.

El propietario legal es el propietario único del intangible. El propietario legal se califica como el que tiene título legítimo para ello, conforme a los hechos y circunstancias. La titularidad legal puede resultar de causa registral (de la propiedad intelectual o industrial), de otras disposiciones legales o, aún, de las disposiciones contractuales, v.g. los alcances de una licencia, entre las partes, que sean consonantes con la sustancia económica de la operación. Si no prospera la identificación del propietario único, legal o contractual, se considera como tal al sujeto que tiene el control práctico sobre el intangible que no goza de protección legal o contractual. que, a ese efecto, deviene el propietario único¹⁸.

La propiedad asimila en un concepto tanto la ley, en sentido estricto, el contrato cuanto la tenencia o detentación del intangible. La individualización del propietario permite a la Administración asignar el beneficio derivado de su explotación, conservación o mejora, teniendo en cuenta que la titularidad debe refrendarse con la realidad jurídica efectiva (la sustancia económica) de los hechos

¹⁸ E. Tsaneva, "Transfer pricing in the world of services and intangibles. A new challenge to preserving corporate tax base", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 323, 2004, "Esencialmente, esta nueva aproximación de "control" a la propiedad deja la puerta abierta para que las autoridades tributarias capturen más beneficios generados en el exterior dentro de los EE UU".

y circunstancias. El propietario único es el propietario legal, siempre que sea correspondiente con la realidad jurídica efectiva de la operación subyacente.

El concepto de propiedad apunta al propietario de los derechos de explotación del bien inmaterial que puede identificarse por su calificación legal, contractual o de control. De modo que sobre un intangible podrían coexistir distintas formas de propiedad sobre distintas fracciones del único bien. El núcleo de la explicación es la teoría del paquete de derechos (*the bundle of rights*). El análisis de las condiciones contractuales sirve para establecer si el que cede o concede conserva o retiene para sí derechos esenciales sobre la explotación del bien o, si al contrario, aparenta una propiedad de la que carece de derechos significativos sobre el objeto de la transacción.

“Esto es, uno debe prestar atención a los términos de la licencia que dan origen al canon extraído del «mercado». Si estos términos de la licencia solo transfieren una parte de los plenos derechos del propietario (reteniendo el licenciante el derecho a explotar por sí mismo la propiedad intelectual), entonces, el pago de esos derechos limitados (el canon) puede que no sea un sustituto adecuado para el beneficio económico total del propietario.”¹⁹

O, al contrario, si el licenciario obtiene la plenitud de derechos del propietario, a cambio del canon, consigue ser el propietario de un nuevo intangible derivado, precisamente, de su contrato²⁰.

Lo que se entrega y lo que se recibe, dentro del conjunto vinculado, para explotar un intangible puede configurar una venta, un alquiler, una aportación de valores no dinerarios; pero, en cualquiera de los casos, el precio, el canon, los valores adjudicados, tienen que ser una contraprestación adecuada al rendimiento futuro del activo intangible y contrastado a lo largo de la vida del mismo y los derechos de explotación, con el criterio del *at arm's length*.

La base contractual aparece determinante para identificar la propiedad y, asimismo, para determinar la adecuada compensación, ex. Sec. 482, de la contribución que realiza un miembro del conjunto vinculado para desarrollar o mejorar el intangible del que no es propietario; en el bien entendido que el contrato refleje la realidad jurídica efectiva de la operación subyacente (la sustancia económica); uno de los puntos más complejos dentro del precio de transferencia²¹.

3.5. La contribución al desarrollo del intangible ajeno

El criterio general es que la Sec. 482 IRC sirve para determinar *at arm's length* la compensación por la contribución que realiza un sujeto del conjunto vinculado a favor de otro para el desarrollo y mejora de un intangible del que no es propietario.

La contribución se entiende como cualquier actividad razonablemente prevista en el contrato dirigida a aumentar el valor del intangible que es propiedad de otro sujeto asociado.

El principio general es que no hay contribución sin contraprestación. El incremento de valor del intangible ajeno tiene un precio, explícito o implícito, pudiendo ser superior o inferior al comparable de mercado, si existe o se presume, reflejándose en el tipo de canon o beneficio de otro modo atribuible –pagos condicionados a resultados– o, discernible del producto o servicio al que el intangible aparece integrado (*embedded*).

En primer lugar, la compensación por la actividad de contribución puede estar incluida en el contrato relativo a la operación sobre el intangible; formularse separadamente como retribución de servicios; a modo de reducción del canon a favor del licenciante o el precio de transferencia por la cesión de una propiedad corporal o material.

El licenciario de un contrato de licencia puede prestar servicios de marketing que se prevén mejoran el intangible de propiedad del licenciante. Este puede compensar los servicios incluyéndolo en el contrato en distintas formas o establecer la retribución por separado.

¹⁹ G.V. Smith; R.L. Parr, *op. cit.* 223.

²⁰ T. Rosebuj, *op. cit.*, *Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual*, p. 206.

²¹ Reg. 1.482-4 (f)3; 1.482-1(d)3).



La contribución de mejora del intangible no merita compensación si está destinada exclusivamente al incremento del valor de los propios derechos del licenciatario, que no del licenciante propietario del intangible.

En segundo lugar, la compensación por la contribución inserta en el contrato que se prevé practicar, que no figura por separado, no obsta para que sea sometida a comparación con operaciones equivalentes entre empresas no vinculadas al valor normal de mercado.

Por ejemplo, en un acuerdo para la distribución para la reventa de productos de marca, el distribuidor puede realizar servicios de marketing que no aparecen retribuidos separadamente. Los elementos insertos en el contrato deben valorarse, sea en cuanto a la marca o a los servicios, en su totalidad para compararlos con operaciones similares entre empresas independientes.

En tercer lugar, el apartamiento del criterio del valor normal de mercado puede admitirse cuando el contrato lo refleja y se cumplen las circunstancias de hecho que estipula cuando hay actividades de marketing, investigación y desarrollo del intangible que preveen una retribución basada en el coste más un beneficio específico.

La cláusula de cierre es que la Administración pretende que las relaciones entre las partes del conjunto vinculado puedan ordenarse contractualmente entre ellas, un estímulo a la documentación de las transacciones y que las relaciones convencionales respondan a la sustancia económica, a la realidad jurídica efectiva de las mismas. La Administración puede intervenir para reasignar los resultados de las transacciones en caso que no existan especificaciones contractuales o en defecto de correspondencia con la sustancia económica de las operaciones celebradas.

La Administración tiene las potestades administrativas para determinar, en su caso, la creación de valor y su atribución entre las partes vinculadas. La clave es si la compensación aumenta el valor del intangible o de los derechos contractuales del licenciatario o explotador del mismo por otro modo. Si hay mejora o desarrollo del intangible cuyo dominio no se posee o si favorece exclusivamente los derechos contractuales de la explotación del intangible por el que no es propietario. El criterio siempre es la atribución al propietario del rendimiento apropiado del intangible²². La diferencia, o el matiz, es que propietario puede serlo el que tiene a favor la protección legal, la posesión o la tenencia o detentación.

La contribución de un miembro del conjunto vinculado por la realización de actividades de marketing, investigación y desarrollo admite una compensación por los costes y un componente añadido de beneficio. El requisito esencial es que haya un pacto contractual y que el mismo se ajuste al principio de la realidad jurídica efectiva (sustancia económica). Si, en el ejemplo, las actividades incrementadas de marketing son superiores a las que serían de rigor entre empresas independientes podría derivar la actuación administrativa para valorar, indistintamente, si la actividad singular es el objeto de la evaluación o si el objeto de comparación para su apreciación es la operación en su totalidad. Si el pago de la compensación se aleja sustantivamente del valor normal de mercado, entonces, desencadenaría la intervención administrativa por el entero acuerdo contractual sobre la base de la (carencia) de sustancia económica (realidad jurídica efectiva).

El punto que continua sin resolverse es no reconocer que, ordinariamente, hay una prima, de precio de transferencia por pertenecer al conjunto vinculado (*¿passive association?*). El modo o la forma que se materializa es el nudo gordiano de las relaciones entre los miembros. Puede darse que no haya contrato ni actividad empresarial que lo sustente, por lo que, presumiblemente, deberán satisfacerla por otros medios. Estos otros medios son los que califican prácticas elusivas o abusivas²³. Pero, es más difícil detectar la prima, el precio de transferencia, en la relación contractual y la actividad subyacente si su contenido es una contribución que no es de rutina. La forma y la actividad no empecé para que el precio de transferencia integre la compensación por el beneficio o el ahorro de costes de la organización.

3.6. Los servicios y la transmisión de activos intangibles

Una operación calificada como servicios en el seno del conjunto vinculado puede finir en la transmisión de la propiedad del intangible o incluir un elemento que constituye la transmisión de

²² E. Tsaneva, *op. cit.*

²³ Reg. 1.482-4(f)(4)(i).

propiedad del intangible. En tal caso, si el elemento material de las transacciones está relacionada a la propiedad del intangible, la determinación de dicho elemento supone la aplicación de las disposiciones aplicables a la transmisión de intangibles.

El tratamiento singular de la transmisión de la propiedad de intangible, de los servicios que lo rodean procede cuando el elemento es *material* para la evaluación, v.g. la transmisión de un informe escrito de *know how* es una transmisión material de intangible aunque esté en el cuadro de una actividad de I+D. Una operación integrada no requiere en principio, la apreciación separada de sus componentes; a menos que haya un elemento material de propiedad intangible que pueda especificarse²⁴.

La Administración tiene la potestad rectificadora de calificación de los hechos designados como servicios en la medida que la realidad jurídica efectiva contractual apunte a que, en verdad, se produce una transferencia material de la propiedad de intangible, entendido como un bien cuyo valor sustancial es independiente de los servicios de cualquier individuo. O sea, cuando la denominación de servicios no acompaña la verdadera naturaleza de la operación jurídica. Si esto ocurre, el método aplicable no puede ser otro que el que prevé la actuación del criterio del rendimiento apropiado al intangible de que se trate.

La propiedad intangible, en cualquiera de sus manifestaciones, es un juicio sobre un activo, una operación de capital, susceptible de venta, alquiler, aportación; mientras que el servicio es una prestación generadora de rendimientos ordinarios de la actividad de la empresa o, en su caso, honorarios profesionales. Por eso, el tráfico jurídico del intangible es singular, aun cuando figure dentro de un haz de servicialidad dentro del conjunto vinculado.

La separación del intangible del conjunto de servicios no es tarea fácil; pero, no lo es menos la actividad de servicios que puede aludir a intangibles como medio de minimización de beneficios o a aumento de gastos. La linde entre servicios y bien jurídico de información es tenue y borrosa, por eso, la reglamentación revela la preocupación central para individualizar los servicios que no crean beneficios para el que lo recibe ni suponen un aumento razonable de valor de empresa.

Un servicio es cualquier actividad en el conjunto vinculado del prestador que proporciona un beneficio al receptor. La actividad incluye la realización de funciones, asunción de riesgos o el uso por el prestador de una propiedad tangible o *intangible* u otros recursos, *competencias o conocimiento*, tales como el conocimiento de y la habilidad de aprovechar situaciones o circunstancias especialmente ventajosas. También, facilitar al receptor del servicio la disposición de cualquier propiedad u otros recursos del prestador²⁵.

Una actividad crea un beneficio para el receptor del servicio cuando de su realización deriva directamente un razonable incremento de valor mercantil identificable, que mejora la posición comercial del receptor o puede razonablemente preverse que lo hará²⁶.

El interrogante que se plantea es si una empresa independiente, a igualdad de circunstancias, estaría dispuesta a pagar por o a realizar la actividad por sí misma, sea por un precio fijo o mediante pagos condicionados.

En particular, el propietario de un intangible puede obtener un beneficio si el prestador del servicio se compromete en una actividad que se prevé pueda mejorar el valor del capital.

¿Cuáles son los supuestos en los que la reglamentación niega la existencia de beneficio?.

En primer lugar, de las actividades cuyos efectos son indirectos o remotos²⁷.

En segundo lugar, de las actividades que duplican funciones que ya ejecuta el receptor o que podría hacerlo por su cuenta²⁸.

²⁴ Reg. 1.482-4, 1.482-9T(m)(5).

²⁵ Reg. 1.482-9 T(1)(2).

²⁶ Reg. 1.482-9(1)(3)(i).

²⁷ Reg. 1.482-9(1)(3)(ii).

²⁸ Reg. 1.482-9(1)(3)(iii), *duplicative activities*.



En tercer lugar, de las actividades dirigidas exclusivamente a la protección de la inversión o para el cumplimiento de los informes, requerimientos legales o reglamentarios del propietario del capital del conjunto vinculado y en cuanto tal²⁹.

En cuarto término, de las actividades que originan un incremento de valor para el partícipe, que se consigue por la mera pertenencia al conjunto vinculado³⁰. Es importante destacar este punto porque ilustra la ventaja de la que disfruta el miembro del conjunto vinculado simplemente por estar y a la que otorgo una trascendencia más amplia, precisamente, es la prima de pertenencia que obliga al precio de transferencia como compensación del beneficio que supone la vinculación entre empresas.

Ninguna de estas actividades –*stewardship expenses*– pueden motivar una contraprestación indicada, por un beneficio que se entiende no se verifica. Son servicios que un tercero independiente no pagaría por recibirlo porque no aprecia ventaja alguna que lo justifique.

Si la actividad de servicios comprende otros elementos, v.g. la cesión de intangibles, la determinación será por separado conforme a los criterios propios de los intangibles.

3.7. Los pagos condicionados

Las operaciones vinculadas deben examinarse desde una estricta perspectiva de la realidad jurídica efectiva contractual y, por ello, si la comprobación administrativa no halla en sus propios términos las alternativas de compensación entre las partes del conjunto vinculado, que se satisfarán en el futuro, condicionadas al éxito o fracaso de los resultados que se pretenden; puede el “IRS en circunstancias apropiadas imputar pagos condicionados de carácter contractual”³¹.

Los pagos condicionados a circunstancias o eventos futuros bajo circunstancias de incertidumbre, pueden alterar, en general, la verdadera naturaleza de la operación (venta o alquiler) o, también, diferir el impuesto en el receptor del ingreso o anticipar el gasto para el receptor del servicio o el bien intangible. En suma, son útiles para autorregulación de las obligaciones propias del contribuyente conforme a su conveniencia económica (*home made averaging of income*).

El pago condicionado solicita que la condición a la cual está sometido esté prevista y se cumpla y, además, que su cumplimiento refleje el beneficio del que recibe la prestación del servicio y los riesgos asumidos por el prestador.

La propuesta de reglamento de 2003 explicitaba un comentario, ahora eliminado, que es útil para el alcance de la cuestión. Se decía que la guía sobre los pagos condicionados podrían habilitar la aplicación del método de la división del margen de beneficio residual entre las partes, dando por sentado que estos pagos se emplean para desplazar ingresos y gastos relativos a la transmisión de servicios e intangibles. Aún más, “incluyendo la posibilidad de analizar transacciones como acuerdos plurianuales en los que el pago por servicios prestados en un período impositivo se satisface en períodos posteriores”³².

El reglamento 2006, modera los términos, pero, manteniendo, a mi juicio, la potestad administrativa amplia de imputación de pagos condicionados, sea en la calidad como en la cuantía; es decir, con aptitud para recalificar la naturaleza jurídica de la transacción o el precio y el momento de su materialización.

El pago condicionado debe, en la práctica, cumplir dos requisitos: por una parte, tener sustancia económica y, por otra, que la cuantía sea adecuada *at arm's length*.

El primero de los elementos exigidos sirve para calificar la existencia de un acuerdo de pago condicionado conforme a la sustancia económica. Para ello se necesita que:

- El acuerdo se plasme en un contrato escrito previo a la actividad que da lugar a la operación.

²⁹ Reg. 1.482-9(1)(3)(iv) *shareholder activities*.

³⁰ Reg. 1.482-9(1)(3)(v) *passive association*.

³¹ Reg. 1.482.9 (i),(i)(2)(i)(C).

³² Prop. Reg. 2003 p. 534491 y sigs. FR.

- El contrato escrito debe señalar que el pago está condicionado a futuros beneficios para el receptor directamente conectados a la operación vinculada.
- El contrato escrito debe fijar el pago sobre la base del beneficio del receptor de los servicios prestados y los riesgos soportados por el prestador.
- El comportamiento de las partes debe evaluarse según todos los hechos y circunstancias³³. Esto podría admitir que, en ausencia de un contrato formal previo, el contribuyente tenga la oportunidad procesal de justificar su comportamiento por cualquier de los medios admisibles en derecho.

La Administración podrá determinar la imputación de: *acuerdos separados de servicios con pagos condicionados; la imputación del acuerdo de distribución exclusiva de largo plazo o requerir la compensación por la conclusión o finalización de un imputado acuerdo de licencia de largo plazo*³⁴.

Estas facultades tienen el propósito común de localizar el rendimiento en cabeza del que lo consigue o ajustar la deducción del gasto del que lo satisface. La recolocación de la renta actúa siempre que hay un reparto en dirección distinta –hacia la matriz u otra entidad del grupo– justificada por las condiciones pactadas o la realidad jurídica efectiva de la operación. El excedente atribuido a otro pasa a la entidad que verdaderamente lo origina, por alguna de las tres vías atribuidas a la Administración.

La compensación vinculada a los servicios y a los intangibles debe relatar los beneficios obtenidos del receptor del servicio y los riesgos asumidos por el que los presta, conexos a la obtención de ciertos resultados. Por ejemplo, el sujeto que realiza I+D recibirá una compensación solo en caso que implique ventas de un producto. Si la condición no se cumple, la compensación tampoco y, al contrario, si ésta se verifica reflejará el beneficio del que recibe el servicio y los riesgos del que lo presta.

La Administración examina las condiciones contractuales pactadas y si éstas se corresponden con la realidad jurídica efectiva; actuando, en su ausencia, según sus potestades para establecer la verosimilitud de la compensación en atención a los beneficios obtenidos por el receptor y riesgos suscitados para el realizador y el cumplimiento o no de la condición requerida para que ello ocurra y el momento en que se produce, difiriendo impuesto o anticipando gastos.

La individualización del propietario es esencial para identificar el destino del rendimiento que genera el intangible, facultando a la Administración para su valoración, cuantificación y, en su caso, atribución del rendimiento. La participación de diversos intereses orienta como mejor método de aplicación el del beneficio residual.

3.8. El reglamento provisional de 4-8-2006 del Treasury-IRS. Atribución de la renta y deducciones de intangibles

El reglamento de 4-8-2006 del Treasury-IRS contiene las disposiciones para el tratamiento de las transacciones de servicios vinculados bajo la Section 482 y la atribución de la renta de intangibles, en particular con respecto a las contribuciones por un miembro del conjunto vinculado al valor del intangible de propiedad de otro. El reglamento entró en vigor el 1-1-2007³⁵. Su propósito y finalidad es evidente:

“El propósito de la Section 482 es la de asegurar que los contribuyentes reflejen claramente la renta atribuible a las transacciones vinculadas y a impedir la elusión fiscal respecto a tales transacciones. La Section 482 coloca al contribuyente vinculado en paridad fiscal con el contribuyente no vinculado determinando la verdadera renta imponible del contribuyente vinculado.”

³³ Reg. 1.482-9 T(i)(2)(i)(C).

³⁴ Reg. 1.482-9 (i); l.482-1(d)(3)(ii)(B).

³⁵ *Federal Register*, Agosto, 4, 2006, Vol. 71, núm. 150, pps. 44465-445191, Department of the Treasury-Internal Revenue Service.

3.8.1. Las condiciones contractuales y la sustancia económica

El criterio básico es que el contribuyente es libre de fijar las condiciones contractuales que le parecen mejor o convenientes y su conducta inspirarse al programa del contrato. Esto es plenamente válido en la medida que sea congruente con la sustancia económica. La Administración puede intervenir si no hay contrato o el que existe se opone a la sustancia económica. El pecado original del precio de transferencia es que en todo caso se verifica en el conjunto vinculado, pero, según como, o nunca se grava o, al contrario, se somete a doble imposición. En el primer supuesto, el no reconocimiento de la prima de pertenencia significa que su pago debe provocar la trasgresión porque forzosamente se concreta en la ocultación de renta. En el segundo, puesto que no se diferencia del precio del producto o servicio ni en el canon del licenciatario o está integrada en la operación de cesión o concesión del intangible es susceptible de doble imposición, una vez como rendimiento singular y otra como beneficio consolidado del conjunto vinculado.

La doctrina judicial americana reúne distintas denominaciones en torno a la ausencia de la sustancia económica, que, no obstante, difieren en su configuración jurídica.

En principio, la doctrina de la sustancia económica establece que una operación no merece su calificación originaria dada por las partes cuando “no tiene otros efectos económicos distintos que los de obtener beneficios fiscales”³⁶. La forma no identifica la sustancia y viceversa (*substance over form*). Podría decirse que el contrato no refleja la realidad jurídica efectiva que se pretende por su intermedio. No sería exagerado entenderlo como fraude de ley puesto que no reclama intencionalidad. En un sentido próximo se interpreta la exigencia de *business purpose* en cuya virtud se propone una transacción que no se hubiera verificado en ninguna forma, salvo por elusión fiscal.

Otra cosa es la *sham transaction* que tiene una connotación fraudulenta, o por abuso de formas o por simulación. No hay sustancia económica ni propósito de empresa, porque el motivo determinante es la ocultación. En igual dirección corre la *step transaction* en la que los actos formalmente distintos coadyuvan a un único resultado predeterminado desde el inicio³⁷.

La reglamentación prevé la potestad administrativa para atribuir los rendimientos conforme a como se presenta la transacción, a menos que carezca de sustancia económica³⁸ y a la calificación de la asignación de riesgos entre las partes en el contrato³⁹.

La potestad administrativa contiene la recalificación de los contratos cuando la actividad de los signatarios no se compadece con la sustancia económica de la misma; con el conjunto de los hechos y circunstancias. El principio del adecuado rendimiento de la Section 482 está relacionado con la sustancia económica subyacente y la verdadera asignación de los riesgos en las operaciones vinculadas.

El contraste entre la doctrina judicial anglosajona y la continental europea es en primer lugar un contraste de competencias. Allí es el juez el que dice la verdad jurídica de la operación. Aquí será la Administración la que hará la calificación como-si-lo-fuera. En segundo lugar, la sustancia económica no puede contraerse a forma, sino a sustancia jurídica derivada de la forma adoptada y esto o conduce a que se respeta la institución o la figura y sus efectos jurídicos esenciales o no se hace, en cuyo caso, la reacción del ordenamiento jurídico es el fraude de ley, el abuso de derecho o, si cabe, la simulación. Pero, esto no responde a una pretendida realidad económica, sino a la búsqueda de la naturaleza jurídica real y efectiva de la transacción⁴⁰.

El propietario a título legal, el propietario contractual, el licenciatario que ostenta derechos de explotación y uso del intangible a título contractual, por las condiciones fijadas en el contrato

³⁶ Kirchman v. Comm, 862, F.2d 1486, 11th Cir., 1989; T.Rosembuj, *El fraude de ley...*

³⁷ S.A. Lind-S. Schwarz-D.J. Lathrope-J.D. Rosemberg, *Fundamentals of Corporate Taxation. Cases and Materials*, New York, 2002, p. 10.

³⁸ Reg. 1.482-1(f)(2)(ii)(A).

³⁹ Reg. 1.482-1(d)(3)(ii)(B).

⁴⁰ T. Rosembuj, *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el derecho tributario*, Madrid, 1999, p. 195...“...la forma –si es real y efectiva y alude a la voluntad perfecta de las partes– es la realidad sustancial única a la cual se puede atender. Y con más rigor, a los efectos jurídicos que ello suscita con su aplicación entre las partes”.

–duración, exclusividad, ámbito geográfico, capacidad de sublicencia– y el propietario que controla en la práctica el intangible, ordinariamente, bajo secreto posesorio (*know how*). Cada una de las dichas manifestaciones de dominio, posesión o tenencia resultan calificadas como propiedad separada y distinta. Cada fracción propietaria, en sus términos, como titular registral, contractual o práctico tiene su derecho a participar en los beneficios de la explotación o uso del intangible; pero, diferenciados en base a los derechos que cada uno tiene.

La compensación a otro miembro del conjunto vinculado que contribuye al desarrollo y la mejora del intangible de otro debe interpretarse a la luz del mayor valor que aporta al intangible de su pleno titular dominical antes que al valor (parcial) que puede suponer para los derechos del licenciataro contractual o el controlante que lo detenta en la práctica. Esto tiene su fundamento en el mercado: es del todo improbable que un acuerdo de cesión o concesión de intangibles entre empresas independientes implique que una de las partes añada valor al intangible de propiedad de otro, salvo que se compense su contribución para la obtención del resultado económico propio que pretende.

Por ello se otorga particular relevancia a los contratos entre los miembros del conjunto vinculado y la adecuada respuesta a la realidad jurídica efectivamente pactada (la sustancia económica). La potestad administrativa aspira a que, en defecto de contrato y/o realidad jurídica efectiva, pueda imputar a su beneficiario real y efectivo los pagos y los cobros de los resultados de la explotación, en base al criterio del rendimiento apropiado del intangible, en sentido estricto, el componente de renta de la operación y, en su caso, la prima de pertenencia al conjunto vinculado: el precio de transferencia.

Téngase presente que el rendimiento futuro esperado de la explotación del intangible incorpora una variable prospectiva del valor normal de mercado hacia delante, que no es la misma que inspira al valor normal de mercado aplicado al precio que se practica al momento de la transacción (OCDE).

C. EL TRÁFICO JURÍDICO DE LOS INTANGIBLES

4. BRAND Y BRAND EQUITY

La OCDE define como *marketing intangibles* las marcas, los nombres comerciales, la explotación comercial del producto o servicio, las listas de clientes, los canales de distribución, los nombres únicos, símbolos o dibujos, que tienen valor promocional para el producto en cuestión⁴¹.

El valor de los *marketing intangibles* depende no solo del crédito de la marca, la distribución o disponibilidad, sino, también, de “la extensión y éxito del gasto promocional de apoyo a los productos y servicios...y el valor del mercado al cual los *marketing intangibles* facilitan la entrada”⁴².

El *brand* es el resultado de la actividad de marketing, publicidad, promoción de la marca, crédito o reputación de la organización en el mercado. La marca forma parte del *brand*, pero no lo agota.

La teoría de marketing indica que un *brand* representa distintos elementos, más allá de la marca, que resumen el atractivo de la organización corporativa, asociada con el fondo de comercio, o de sus productos o servicios. La valoración de la *brand equity* es el “valor total acumulado o patrimonial de la *brand*, incluyendo sus activos financieros y el fondo de comercio que la misma contribuye a la sociedad matriz” (Upshaw)⁴³.

⁴¹ OCDE, *Transfer pricing Guidelines*, Cap. 6(b),(i),6.4).

⁴² OCDE *ibidem*.

⁴³ Upshaw Lynn B., *Building brand identity: a strategy for success in a hostile market place*, New York, 1995, p. 15.



Uno de los métodos usuales de valoración de la *brand* es el del ingreso, basado en el valor actual del flujo de cánones que hubiera debido pagarse en ausencia de la explotación directa del intangible por su propietario. Una empresa que no tiene que alquilar una *brand*, mediante licencia o concesión, queda liberada del pago de cánones (*relief from royalty*). La capitalización de la dicha corriente de ingresos se convierte en una indicación del valor del intangible.

Esto ha sido cuestionado puesto que el precio del arrendamiento, el canon, puede discrepar de los derechos concedidos por el propietario, el cual retiene algunos de los más relevantes⁴⁴. Por lo tanto, la retribución al propietario por la licencia de sus derechos en la explotación indirecta puede no ser equivalente al valor del activo intangible concedido, en la hipótesis de conservación de derechos esenciales a su titularidad que no forman parte de la concesión.

La OCDE afirma:

“Pueden surgir difíciles problemas de precio de transferencia cuando las actividades de marketing se realizan por empresas que no son las titulares de marcas o denominaciones comerciales que promueven (el distribuidor de productos de marca). En tal caso, es necesario establecer como el distribuidor debe ser compensado por tales actividades. La cuestión es si el distribuidor debe ser compensado como el proveedor de un servicio, por ejemplo, por la provisión de servicios promocionales o si hay algunos supuestos en los que el distribuidor debería participar en un retorno añadido atribuible al *marketing intangibles*. Otro tema es como el retorno atribuible al *marketing intangibles* puede identificarse.”⁴⁵

Un primer caso atañe a la actividad comercial del agente. Sus gastos promocionales se agotan en el reembolso por parte del propietario del intangible; pero, sin que ello le habilite a una participación en el mayor valor del intangible, siempre que ello se infiera de los derechos y obligaciones contractuales entre las partes.

En un segundo supuesto se refiere al distribuidor que soporta por si mismo los costes de las actividades de marketing, sin que exista una obligación contractual del propietario de la marca o *brand* de reembolso de sus gastos. Todo depende de *los derechos sustantivos de los que es titular*. Según como estén establecidos podría aspirar a su participación en el valor del intangible ajeno por su contribución al desarrollo y mejora. Por ejemplo, un contrato de largo plazo y distribución única del producto le permite obtener beneficios de su inversión, aprovechando su facturación y cuota de mercado.

Pero, antes que la contribución a la mejora del intangible que no es suyo; su compensación debería basarse en la contribución del mayor valor de los derechos licenciados en su favor por sus propias ventas y cuotas de mercado. Su retribución sería la del propietario contractual que contribuye al incremento de valor de sus derechos, mejorando, al mismo tiempo, el valor abstracto del intangible del propietario legal.

El tercer supuesto se conecta a la actividad de marketing que supone al distribuidor gastos extraordinarios de marketing, que ningún empresario independiente afrontaría sin contraprestación específica. Esto significa que el componente de beneficio debe verificarse sea como un descuento en el precio de compra, una reducción en el canon o, finalmente, como un elemento propio de beneficio por los costes extraordinarios.

Finalmente, la OCDE se pregunta el modo de identificación del retorno atribuible a la actividad de marketing. La respuesta que puede darse es que el valor del *marketing intangible*, de la *brand equity* aumenta cuanto mayor sea la inversión publicitaria. Cuanto mayor sean los gastos en I+D y publicidad, mayor es la rentabilidad de escala⁴⁶. La producción de rendimientos, en otras palabras, depende del gasto publicitario, promocional, en suma, de marketing. El valor del intangible está en directa relación con la inversión y, consecuentemente, la identificación pasa por individualizar el

⁴⁴ G.V. Smith; R.L. Parr, *Valuation of intellectual property and intangible assets*, New York, 2000, p. 223...“(la técnica) puede representar solo una parte del beneficio económico atribuible al valor del activo transferido”. Nestle Holdings Inc. vs. Commissioner of Internal Revenue, U.S. 2nd Circuit Court of Appeals, 31-7-1998.

⁴⁵ OCDE *cit.* 6.36.

⁴⁶ J.R.M. Hand *The increasing returns-to-scale of intangibles*, en *Intangible assets. Values, measures, and risks*, Editores B. Lev. J. Hand, Oxford, 2003, p. 303.

sujeto que la realiza, propietario legal, contractual, tenedor, y ,asimismo, si la dicha inversión mejora el intangible en general o sirve para el desarrollo y mejora de la fracción de intangible que gestiona cada uno de los sujetos del conjunto vinculado.

El gasto promocional y publicitario conserva y aumenta el valor del *marketing intangible*; pero, al mismo tiempo, sirve para el incremento de gasto deducible o amortizable, en su caso, en la empresa vinculada de distribución donde se verifica. No resulta verosímil que, salvo excepciones, a la inversión promocional y publicitaria en *brand equity* deje de producir una contribución a los rendimientos del intangible que se aventaja, aun cuando, pueda admitirse que sea en períodos plurianuales. La cuota obtenida de mercado es el *output del distribuidor*, pero, también, es el resultado de su pertenencia a una organización única y unitaria que le trasciende y a la que debe parte de su propio suceso empresarial o todo.

¿Cómo puede fijarse una frontera que distinga entre el coste aplicado al valor de derecho propietario contractual (licenciado) del valor retenido por el propietario legal, que es la fuente última del valor?

El interrogante está en función del contrato entre las partes. Primero, el contenido de la licencia y su ámbito de aplicación espacial, temporal, las obligaciones y forma de pago del canon, sea *una tantum* o periódico, las facultades de exclusividad y de sublicencia. Segundo, la previsión contractual conjunta de la inversión publicitaria o promocional o separada. Tercero, la adecuación contractual a la sustancia económica de las operaciones (realidad jurídica efectiva).

El criterio del rendimiento apropiado del intangible está en función del flujo de renta que puede originar la propiedad; el tiempo de duración del flujo de renta y el riesgo asociado al rendimiento previsto. La técnica directa de atribución del rendimiento puede basarse o en la prima del precio (una *brand* notoria ofrece más rendimiento que otra ignota) o en el ahorro de costes por la inserción en la organización transnacional. Pero, en la organización única y unitaria puede que el criterio del rendimiento no sea el mejor, atendiendo las particularidades del precio de transferencia como elemento ordinario de difusión y diseminación del conocimiento e información. Es probable que, precisamente, el coste de la inversión, el capital en sentido estricto, sea uno de los modos para despejar la compensación ficticia o real de los servicios e intangibles que no son rutinarios⁴⁷.

En el precio de transferencia la técnica directa, en uno u otro sentido, está predeterminada en la decisión de difusión o diseminación de intangibles dentro del conjunto vinculado y conceptualmente es algo más que el precio de mercado y algo menos que el ahorro de costes. La *brand equity* es el efecto diferencial del conocimiento de la *brand* en la respuesta del consumidor al marketing ,medida, esencialmente, por el esfuerzo publicitario.

La cuestión es cuando la prima o el ahorro significan la manipulación de los precios de transferencia, sea para desplazamiento del beneficio hacia la mínima o nula imposición o el desplazamiento de costes/gastos deducibles hacia países de imposición ordinaria.

“A través de la localización de los costes fijos, tales como gastos de investigación y desarrollo en ciertas sucursales o filiales o a través de precios elevados para el uso de marcas y patentes, los beneficios pueden también desplazarse de una jurisdicción a otras, reduciendo la deuda fiscal total de la empresa multinacional.”⁴⁸

Pero, sería un error reducir el precio de transferencia a patología. La dificultad de la disciplina reside en la ausencia de valor normal de mercado en aquella conducta de la organización construida en torno a los intangibles que le proporcionan una ventaja competitiva incomparable con respecto a las demás. O, dicho en otras palabras, los intangibles más valiosos no están en el mercado y la organización en su propio interés –conservar la ventaja adquirida– oculta o disimula su aptitud de producción de renta. Y esto se garantiza mediante tax shelters, paraísos fiscales, territorios de baja fiscalidad como forma de planificación fiscal.

⁴⁷ L. Eden, *Taxing multinationals*, op. cit. p. 256....“los intangibles “*crown jewels*”, no se comercializan en mercados externos de modo que los métodos transaccionales no pueden ser utilizados para determinar los precios de transferencias”.

⁴⁸ V. Tanzi, *Taxation in an integrating world*, Washington, 1995, p. 101.

5. LOS INTANGIBLES DE PRODUCCIÓN

Los intangibles de producción (*trade intangibles*) incluyen los activos amparados por el secreto propietario –patentes, diseños, modelos– y el secreto posesorio –*know-how*–. Su función es el empleo en la producción de bienes o prestación de servicios o derechos que son activos en sí mismos, tales como las aplicaciones informáticas. La *technology equity*⁴⁹ es el nivel de conocimiento y habilidades tecnológicas disponibles para la realización de nuevos productos en el mercado, cuya medida aproximada es el gasto en I+D.

Los intangibles de producción comprenden activos al amparo del secreto propietario, la protección legal, cuanto del secreto posesorio, el señorío de hecho o la tenencia. En la definición propuesta por la OCDE identifican los resultados del I+D y del *know-how*⁵⁰.

Sin embargo, es difícil señalar la línea divisoria entre los intangibles comerciales y de producción. Ambos alimentan el crédito o reputación de la organización en el mercado o pueden contribuir a su desvalor.

“El inventor ofrece la idea y posiblemente el prototipo: otros, industriales, distribuidores-deben proveer los medios para convertir la idea en realidad. Los propietarios de todos los activos necesitan compartir las ganancias o estar dispuestos a soportar riesgos.”⁵¹

Lo que sí es conveniente afirmar, aunque parezca obvio, es la preferencia del conjunto vinculado a conservar la propiedad, posesión, control de la tecnología protegida ante la competencia y, simultáneamente, facilitar su inmediata difusión y explotación dentro de la organización única y unitaria.

La primera consecuencia es que el retorno de la inversión inmaterial debe recuperarse de los que integran el conjunto vinculado. En la práctica, es el pago del *buy-in* del intangible precedente que deben afrontar tanto los que ya están como los nuevos miembros.

La segunda, consiste en la puesta a disposición de los miembros de la innovación patentada y el *know how* para el uso de la tecnología. Por tanto, será relevante facilitar la aplicación de la invención, pero no tanto más que enseñar su utilización.

La tercera consecuencia es que el retorno de patentes o secreto posesorio puede reflejarse en la cesión, venta, o concesión, licencia, del intangible, aportación no dineraria. O, integrado en el precio de los productos o retribuciones como si fueran servicios intragrupo; a la enseña de la conservación del conocimiento dentro de la organización. Es decir, la prima del precio de transferencia puede manifestarse en cualquiera de las modalidades, teniendo en perspectiva que lo que interesa es el resultado final para el conjunto vinculado, compuesto por la suma algebraica de los beneficios y las pérdidas de sus miembros y, en general, aprovechando la minimización de impuestos.

6. LA VENTA, LA LICENCIA, LA APORTACIÓN NO DINERARIA

La arquitectura del conjunto vinculado como comunidad de intereses sometida a dirección única y unitaria configura subordina la actividad global a la distribución de riesgos y la localización de beneficios o ahorros de costes entre una pluralidad de sujetos. La circulación interna del intangible, *knowledge package*, debe conservar y acrecentar la ventaja competitiva de la organización en el mercado, alimentando la recuperación del fondo de comercio inicial. La razón de ser del conjun-

⁴⁹ D.H. Gobeli; Ch.S. Mishra; H.F. Koenig, “Strategic value of technology and brand equity for multinational firms”, en *Valuation of intangible assets...* edi. F.J. Contractor, *cit.* p. 321.

⁵⁰ T. Rosembuj. *Intangibles. op. cit.*

⁵¹ D.J. Teece, *Managing Intellectual Capital*, Oxford, 2000, p. 151.

to vinculado es el establecimiento de un ámbito en el que los asociados se aprovechen del *goodwill* común y lo renueven, usen su influencia y se dejen usar en su influencia. Esto provoca una suerte de *continuum* de compensaciones mutuas y recíprocas, en cuya virtud los riesgos y beneficios comunes se reparten entre todos, en diversas maneras; pero, reconociendo de entrada la prima de pertenencia a la organización.

La organización del conjunto vinculado funda su estrategia de intangibles en el uso directo por cualquiera de sus miembros que, al efecto, sean los titulares, dentro de su propio perímetro de actividad. Los derechos de propiedad permanecen en todo caso en la organización única y unitaria, aun cuando, haya propietarios legales, contractuales o tenedores diferentes. Por lo tanto, la explotación económica es directa, sin perjuicio que su materialización pueda realizarse mediante la venta del intangible a otra parte vinculada; la licencia o la aportación no dineraria a cambio de valores de participación. La denominada explotación indirecta se verifica como modalidad de la explotación directa. De ahí las dificultades para establecer un valor que no sea de simple conveniencia para el que lo propone y cuya divergencia con un hipotético valor de mercado ofrezca un cierto grado de verosimilitud.

6.1. La venta

La transmisión o licencia de patentes, marcas, *know how* supone una ganancia de capital de largo plazo, siempre que se hubieran poseído durante más de un año, no formen parte del inventario ni del tráfico ordinario de la empresa. La transmisión exige la transferencia de los derechos sustanciales sobre la propiedad del intangible. Es un activo de capital cuya contraprestación es siempre precio de compra, una ganancia de capital de largo plazo, aunque se materialice en pagos únicos, seriados o condicionados a ventas, producción o beneficios (Section 1231 IRC).

La venta del intangible, como cualquier otra, significa la cesión de los derechos sustanciales del dominio a favor de otro por un precio determinado. La patente, *know how*, marca o derecho de autor implican la transmisión de un activo inmaterial susceptible de originar, en general, o ganancia o pérdida patrimonial.

La cesión de *know how* es una venta siempre que implique el derecho del cesionario de impedir su difusión no autorizada por el cedente, para preservar su derecho exclusivo al empleo del intangible adquirido bajo la tutela legal del país local donde se utiliza.

La calificación jurídica de venta o alquiler es central para la determinación del precio de transferencia. El precio de venta del intangible, cualquiera que sea el modo de pago, implica que hay desplazamiento (disposición) de un bien de capital. El que cobra percibe una ganancia (o pérdida) de capital y el que paga adquiere un bien amortizable hacia delante. Los gastos deducibles amortizables deben ajustarse a la amortización del intangible de quince años.

La Section 1253 del IRC, sin embargo, establece cuando la transmisión de ciertos intangibles, tales como, as franquicias, marcas y nombres comerciales no suponen venta.

No se califica como venta o permuta de un activo de capital la cesión de una franquicia, marca o nombre comercial cuando el trasmiteante conserva derechos, poderes o intereses significativos v.g. derecho a desautorizar su cesión; a extinguir la operación unilateralmente; a fijar los criterios de calidad de los productos usados o los servicios suministrados y los equipos e instalaciones para su promoción; a obligar al cesionario a la venta o publicidad de los productos o servicios del trasmiteante; a obligar al cesionario a comprar sus productos y equipos al cedente; el derecho al pago condicionado a la productividad, uso o disposición de la transmisión, si dicho pago es un elemento sustantivo del contrato.

Los pagos condicionados pueden informar, en estos casos, de la naturaleza de la operación, cuya primera conclusión, en su virtud, indicarían cuando hay o no venta. Precisamente, la forma vs. sustancia es un concepto de cuño americano cuya primera manifestación fue la de diferenciar la venta del alquiler⁵².

La cesión del dominio del intangible equivale a la cesión de los derechos sustanciales del propietario legal. La teoría del paquete de derechos (*bundle of rights*) es determinante para establecer

⁵² J.M. Dodge, The logic of tax. Federal income tax theory and policy. St. Paul, 1989, p. 270.

la verdad de la transmisión, porque si se dedujera que no hay una transferencia de derechos subjetivos materiales, podría concluirse que la venta encubre una realidad jurídica diferente, v.g. una venta que en verdad es un mero arrendamiento.

Los pagos condicionados no se entienden como precio de compra del activo de capital. Por lo tanto, los pagos condicionados, en serie y de cuantía similar, se consideran como gasto deducible para el cesionario, puesto que no acreditan la compra de un bien de capital. El pago condicionado a la permanencia del intangible en el ámbito del propietario original es gasto deducible para el cesionario, que no gasto amortizable, porque no se produce la transmisión del capital que lo pueda consentir. La Section 197, amortización de intangibles, no se aplica porque los pagos son deducibles, lo cual indica que no hubo transmisión del activo de capital.

La transferencia del dominio del intangible exige una particular atención al contenido contractual. La cesión de los derechos a la explotación del intangible por su propietario puede encauzarse mediante fórmulas menos inmediatas, que implican el desinterés de los atributos del derecho de propiedad en favor de la concesión al comprador de licencia irrevocable, de exclusividad perpetua o casi en uno o varios ámbitos geográficos. Sea por venta o venta-licencia, los efectos jurídicos serán los mismos; pero, pueden modificarse los efectos jurídicos tributarios –precio vs. canon; ganancia o pérdida de capital vs. ingreso o pérdida ordinaria y corriente– y ello obliga a especificar la naturaleza contractual de la operación, por su estructura y funciones⁵³.

La venta de la patente puede contrastarse por el cambio registral de la titularidad legal, al amparo del secreto propietario. El problema es más difícil cuando el objeto de la transmisión no es la patente, sino el *know how* o alguno elemento de innovación particular que está cubierto por el secreto posesorio, que no propietario. o es nada original afirmar que, en la actualidad, el secreto posesorio es más valioso que el que representan las patentes⁵⁴.

La patente puede o no incluir otros activos intangibles, típicamente *know how*. El contrato de cesión permite determinar el alcance de la venta de la patente a través de los contenidos de los derechos propietarios que se transfieren. Al mismo tiempo, si la patente está acoplada a algún acuerdo de *know how hay más de un activo* en la operación, cuyo contraste con el valor de mercado, podrá efectuarse conjunta o separadamente, dependiendo del valor único o de rutina de los intangibles comprendidos. La contribución de rutina podrá ser objeto de comparación con otros; pero si es un capital de gran valor propio, será imposible de comparar. Nada excluye que el valor excepcional pueda residir antes en el conocimiento bajo secreto posesorio, que en la patente.

La venta de patente en el conjunto vinculado adolece de una finalidad precisa. Principalmente, puede interpretarse en clave de elusión, evasión o diferimiento de impuesto. Los resultados económicos de su desarrollo pueden perfectamente conseguirse sin necesidad de la transmisión de dominio. Por ello, la cesión de patentes normalmente responde a finalidad fiscal exclusiva afectas a entidades o sociedades de gestión de cartera, para localizar su valor y rendimiento en países de baja o nula fiscalidad.

En cambio, la cesión, sin que ocurra en sentido estricto, puede traducirse en efectos jurídicos idénticos mediante la concesión del contenido propietario a través de licencias exclusivas, indefinidas, a miembros del conjunto vinculado, con atribuciones próximas a la verdadera propiedad⁵⁵.

La transmisión del dominio del intangible aprecia como elemento indicado el cambio registral de la propiedad; pero, siendo el secreto posesorio el canal dominante del conjunto vinculado para la difusión de tecnología y conocimiento, resulta borroso fijar la venta y su alcance.

En la jurisprudencia americana se define el secreto empresarial como cualquier información que no es generalmente conocida en el comercio. Puede ser una invención no patentada,

⁵³ Ch. Gustafson y otros *cit.*, "Un factor que tiende a crear una preferencia por la licencia exclusiva comparado con la venta directa es que usualmente así se evitan gastos e impuestos, inclusive gastos de registro, honorarios y posiblemente accisas o impuestos sobre las ventas", p. 882.

⁵⁴ G.V. Smith; R.L. Parr, *op. cit.*, afirman que según Karl F. Jorda más del 90 por 100 de la nueva tecnología está cubierta por el secreto empresarial y más del 80 por 100 de transferencia de tecnología y licencia cubren *know-how* o son acuerdos híbridos relativos a patentes y secretos empresariales, p. 27.

⁵⁵ T. Rosembuj. *Intangibles. La fiscalidad del capital intelectual, op. cit.* p. 205.

una fórmula, modelo, máquina, procedimiento, lista de clientes, lista de crédito de clientes o aún noticias⁵⁶.

El valor principal es el secreto y, se afirma, "el elemento esencial del secreto comercial que permite su propiedad y le distingue de otras formas de ideas es el derecho del descubridor de impedir la revelación no autorizada de su secreto. No hay disposición completa del secreto de empresa sin transmisión del derecho a impedir la revelación no autorizada".

La propiedad del secreto posesorio puede transmitirse en junto al derecho de conservarlo como secreto por el cesionario o si el territorio donde éste opera garantiza con suficiencia la tutela legal de la revelación no autorizada del secreto comercial obtenido.

La transmisión de la propiedad del *know how* no es una cuestión de fácil solución.

En una primera aproximación la cesión de *know how* y *show how* engloba la asistencia técnica dentro de lo principal que es la transmisión de la información secreta. Los servicios se pueden observar como auxiliares y subsidiarios de la transacción. La estimación de la operación es inseparable en su conjunto, v.g. servicios de posventa, de garantía, de puro asesoramiento profesional.

En una segunda, puede verificarse la cesión de *know how* y de asistencia técnica. Es decir donde hay comunicación de la información y transferencia de competencia, habilidades, experiencia, separada de la información. La cesión de *know how* no sirve sin la asistencia técnica que lo haga operativo para el receptor. Por tanto, hay cesión de capital y de servicios que son identificables por separado, y no son auxiliares ni subsidiarios. La dificultad radica en valorar la dimensión *capital* de servicios que encubren activos intangibles y son deducibles para el que los paga, pero cuyo contenido *material* permite asimilarlos a cesión de capital.

Los denominados *servicios técnicos* son expresiones de capital (intelectual), desde el momento que exigen particulares competencias y habilidades en campos técnicos industriales o de ciencia aplicada, susceptibles de imposición sobre las retribuciones, como cánones, en el Estado de la fuente, v.g. servicios de naturaleza de gestión, consulting especialmente calificada.

Finalmente, la asistencia técnica puede ser la categoría matriz en si misma, englobando el *know how*, una síntesis de información y competencia.

La asistencia técnica deviene cesión de capital intelectual, que no prestación de servicios, sometida a canon como fruto del capital intelectual del que la ofrece. Ello sucede cuando la asistencia técnica comprende el suministro de información secreta que no integra el conocimiento usual de la actividad económica en que se origina, o, dicho de otro modo, la transferencia de la información y su implementación son inseparables y, además, no constituyen el objeto de la actividad económica: la transferencia de tecnología a través de la asistencia técnica que no está directamente enlazada con el propósito de empresa último del transmisor o cedente, si no que es el resultado de su conocimiento y experiencia, del saber ajeno a su utilidad funcional, v.g. el conocimiento de materiales, procesos o procedimientos que no tuvieron éxito en su desarrollo o cuyo desarrollo condujo a fines diferentes y cuya información y competencia es un valor en si mismo para el receptor o creaciones comerciales que suponen métodos diversos para la obtención de resultados empresariales, tales como las prestaciones de management calificado. Lo que debe hacerse y enseñar como, es un intangible que bien puede denominarse asistencia técnica, un valor capital de la organización única y unitaria.

En suma, lo que se recaba como *especial* es la asistencia técnica que está vinculada al *know how* y que sirve de vehículo a la *transferencia de un fondo de comercio tecnológico* al beneficiario de la prestación⁵⁷.

Un ejemplo del reglamento 2006 del Tesoro permite aclarar el supuesto⁵⁸.

Hay dos empresas vinculadas que realizan I+D sobre circuitos integrados. Una de ellas produce significativos desarrollos de circuitos integrados resistentes a altas temperaturas y resume sus avances por escrito en forma de memoria. A results de la inversión la sociedad entra en pérdi-

⁵⁶ E.I. Dupont de Nemours & Co. V. United States, U.S. Court of Claims, 1961, 288, F. 2d. 904.

⁵⁷ J.L. Pierre, Fiscalité de la recherche, de la propriété industrielle et des logiciels, Paris, 2000, p. 107, n.º 279.

⁵⁸ Reg. 1.482-9(m)(1), 1.482-1(d)(3), 1.482.4 transacciones de servicios que afectan la transmisión de intangibles.

das y firma un contrato de asistencia técnica con la otra empresa. Los técnicos de la primera sociedad entregan la memoria escrita a los técnicos de la segunda. Esto permite a la segunda empresa obtener en poco tiempo la patente sobre la base de la información que le fue suministrada. Los servicios vinculados incluyen un elemento material que constituye la transmisión de intangible, como asistencia técnica, cuya valoración debe efectuarse *at arm's length*. O, en otras palabras, aplicando el criterio general del rendimiento apropiado del activo intangible para proceder a su atribución. No es ni *know how* ni *show how*; sino la asistencia técnica, como síntesis de ambos, un elemento material del servicio, calificada como intangible.

Probablemente, la propuesta de reglamento 2003 se refería a esta situación, cuando sugiere la aplicación del método de la división del beneficio en relación a servicios de "valor elevado" o "altamente integrados" que impiden su valoración sobre bases separadas⁵⁹. En el actual reglamento se dice lo mismo con otras palabras: "servicios que implican una combinación de contribuciones que no son de rutina por múltiples contribuyentes vinculados"⁶⁰.

La transformación de servicios en activos de capital intangible es una, si no la más importante, preocupación de la reglamentación 2006 para el control del precio de transferencia. La asistencia técnica que no puede separarse del fondo de comercio tecnológico que le da origen y que representa el valor de la contribución no tiene parangón en otra referencia que en el valor del que la presta.

Por último, la venta de marcas, denominaciones comerciales, franquicias ex. Section 1253 puede recharacterizarse en la medida que su propietario conserve o mantenga derechos o intereses significativos sobre su explotación o uso. El derecho de autor es igualmente calificado, dependiendo de la cesión o no de los derechos substantivos de su titular.

6.2. La licencia

La licencia de la explotación y uso del intangible es el instrumento que mejor se adapta a la lógica de la organización única y unitaria. Primero, porque permite a la organización la conservación de la ventaja competitiva global, localizada en cabeza de cada miembro del conjunto vinculado y su territorio de actuación. Segundo, porque se ofrece como una eventual restricción objetiva de la competencia a través del control internacional de la transmisión y diseminación de la tecnología. Tercero, porque sirve a la manipulación del precio de transferencia mediante la fijación de las compensaciones difícilmente contrastables, *at arm's length*, con el valor normal de mercado⁶¹.

La licencia del intangible puede ser equivalente a la venta cuando el propietario legal cede los derechos en exclusividad, a perpetuidad, o con facultad de sublicencia, a otro miembro del conjunto vinculado. La contraprestación, el canon, debe interpretarse como el precio de compra de un activo intangible⁶². En sustancia, el canon no es gasto deducible por el arrendamiento del intangible; sino gasto amortizable.

La licencia típica es la concesión de un derecho de explotación a un tercero a cambio de un canon lo cual equivale a su arrendamiento para goce o uso del licenciatario.

⁵⁹ Prop. Reg. 1.482-9(g)(l).

⁶⁰ Temp. Reg. 1.482-9(g)(l).

⁶¹ UNCTAD-ICTSD *Project on IPRs and Sustainable Development, Resource book on TRIPs and Development*, Cambridge, 2005: "muchas si no todas las licencias de patentes son concedidas entre miembros del mismo grupo de empresas. Puede ser en interés del propio grupo cargar elevados cánones intrafirma para reducir los impuestos y será muy difícil desagregar los datos disponibles para establecer que tasas de mercado son semejantes sin referencia a las licencias intrafirma", p. 476; L. Eden. *Transfer pricing and corporate income taxation...*, op. cit. p. 22, señala una de las motivaciones para la manipulación de los precios de transferencia: la matriz cobra de menos por las transmisiones y difiere los cobros de los cánones y la subsidiaria cobra de más y anticipa los cánones en la medida que son gasto deducible para ella; T. Rosembuj, *Los impuestos y la Organización Mundial del Comercio*, Barcelona, 2007.

⁶² Smith, G.V.; Parr R.L., op. cit.: "Si el licenciatario obtiene en esencia todos los derechos a cambio de su canon, su ventajoso contrato será un nuevo intangible existente. El punto relevante es que hay que ser sensible a la naturaleza económica de la transacción licenciada para plantear adecuadamente la cuestión del canon", p. 338; Pierre, J.L. op. cit. La doctrina consolidada del Consejo de Estado en Francia sostiene el carácter de propietario contractual del licenciatario de intangible cuando este es susceptible de constituir una fuente regular de beneficios dotados de una duración indefinida o perenne. Los elementos a tener en cuenta son la exclusividad, la duración y la autorización para la cesión de la licencia a terceros. pp. 55 y 203.

El pago del canon es la compensación por la utilización de un intangible por una persona distinta del propietario. La compensación debe ser suficiente para retribuir con una adecuada tasa de retorno el valor creado de la propiedad que se arrienda. De nuevo el problema es la determinación del valor apropiado y el ajuste al mercado del rendimiento potencial. Vaya por delante que el canon en el conjunto vinculado no es solo la cuantía de retorno atribuible al propietario sino, además, el *buy-in* por el goce del intangible preexistente y el análisis de su contenido incluirá todo el paquete que se licencia, comprendidas las cuotas de *know how* y, en su caso, asistencia técnica⁶³.

Las formas de la compensación pueden ser diversas y variadas. Es posible que sea una cantidad fija que se paga *una tantum* o a plazos (*paid-up licence*) o un porcentaje sobre ventas, beneficios, reducción de costes (*running royalty*), que varía conforme a la explotación de la licencia. O, asimismo, prepagos del licenciataria que se acreditan sobre cánones futuros. Parece razonable sostener que la explotación continuada de la licencia por el miembro sugiere la preferencia por la opción del canon como porcentaje basado en ventas o beneficios, adaptado a la vigencia del contrato⁶⁴.

El retorno mediante canon puede evaluarse en términos distintos a los monetarios. El licenciataria puede estar obligado a compartir con el licenciante las mejoras tecnológicas que puede conseguir de la tecnología concedida, sea en forma de transferencia de derechos de nueva patente o licenciando en exclusiva, a su vez, la mejora al licenciante originario. La contribución a la mejora del intangible cuyo propietario es otro debe someterse al criterio del ajuste de rendimiento futuro atribuible al mismo. Es un beneficio que obtiene aunque no sea en dinero. Otra cosa es que al mismo tiempo las condiciones *grant back* puedan desvelar un perjuicio lesivo en términos de comercio internacional (art. 40.1 TRIPs)⁶⁵.

Igualmente, la compensación al licenciante puede realizarse a través del intercambio de licencias entre miembros del conjunto vinculado de modo de beneficiarse cada uno de ellos de los términos contractuales de la licencia del otro (*cross-licensing*). Esto permite identificar la mejora tecnológica de cada parte al valor del intangible, equilibrando los cánones que se pueden originar en base a las respectivas contribuciones.

Bien mirado el *cross-licensing* es un acuerdo de reparto de costes que se formaliza internamente por la vía de licencias múltiples y que puede suponer un importante ahorro de costes industriales y, obviamente, fiscales, por la falta de transparencia y formalización. La recíproca transferencia de tecnología, patentes o *know how*, permiten compensar los pagos derivados de su uso⁶⁶, minimizando la monetización del canon.

El objeto del contrato de licencia resiste a la comparación, en la medida que se trate de un intangible único, excepcional, específico y los criterios de valoración normal, sean técnicos o jurídicos, son difícilmente extrapolables a situaciones de competencia en el mercado. Esto se extiende no solo al cálculo del valor capital de intangible y a su flujo potencial de rendimientos, sino al objeto de rutina o no del bien, su ámbito geográfico, la exclusividad o no de los derechos, la duración, las cláusulas de retrocesión.

Resulta necesario examinar cuales son los criterios del precio de cesión o concesión del intangible, el método del canon utilizado y su congruencia con la naturaleza de la operación.

La valoración de la renta del intangible no se puede reducir al ahorro de canon que la ausencia de la propiedad del intangible significaría: lo que hubiera debido pagarse por no ser el dueño del intangible (*relief from royalty*). No obstante sea un método habitual, es criticado por su insuficiencia. La reflexión es que el valor del activo no puede reducirse a la cuantía del canon, puesto que se omiten las características de la cesión o concesión por el titular que puede conservar derechos esenciales que no reflejan el valor determinado en torno al canon.

⁶³ D.J. Teece, *Managing intellectual capital*, cit. p. 154,..."una contribución que no es trivial a los pagos de la transacción".

⁶⁴ F.J. Contractor, *Valuation of intangibles assets in global operations*, cit., P.S. Aulakh, *Compensation structures in international licensing agreements: an agency theory perspective*, p. 69.

⁶⁵ T. Rosembuj, *Los impuestos y la Organización Mundial de Comercio*, Barcelona, 2007, pp. 98 y 151 y sigs.

⁶⁶ G.V. Smith; R.L. Parr, *op. cit.*, "Las licencias cruzadas y los *grantbacks* de la propiedad intelectual a veces sirven como parte o toda la compensación por licencia", p. 355.



“...falla en la captura del valor de todos los derechos del propietario, tales como el poder de determinar cuando y donde una marca debe utilizarse o moviendo una marca fuera de las líneas de producción. Ni siquiera captura el beneficio económico en exceso de los pagos de cánones que el licenciatario puede derivar de la marca.”⁶⁷

Las reglas usuales de fijación ordinaria del canon pueden atender a un porcentaje del beneficio íntegro del licenciatario; las reglas de la industria; un porcentaje sobre el margen operativo neto de las ventas, una cantidad que contemple la inversión realizada para el desarrollo del intangible.

La primera es la regla del 25 por 100 del beneficio íntegro para el licenciante. El licenciatario corre los riesgos, la inversión, el marketing, mientras que el licenciante es el recaudador pasivo de los cánones y sus riesgos están limitados a la pérdida de los mismos⁶⁸. Así si el licenciatario anticipa un beneficio íntegro del 16% del precio de venta de un producto patentado, el canon sería del 4 por 100 (16 por 100 x 0,25).

Las reglas de la industria son una información utilizada por la Administración porque pone en evidencia, aproximadamente, las compensaciones aplicadas en las licencias por personas distintas del mismo sector. El canon más o menos razonable según los criterios de la experiencia (*the standard rate in the industry*)⁶⁹.

El canon puede resultar de un porcentaje de beneficios operativos netos después de impuestos, reflejando la parte de lo que el licenciatario está dispuesto a pagar al licenciante por el beneficio que le supuso el uso del intangible. El método de los beneficios operativos comparables y, sobre todo, el de la división de beneficios entre las partes. Este último es el que, por definición, se aplica cuando no es posible determinar una referencia de mercado⁷⁰. Alternativamente, también, la capitalización del coste de la inversión sirve a los mismos fines.

6.2.1. La división del beneficio

El porcentaje de división del margen operativo (neto) entre las partes puede tomar en cuenta los porcentajes aplicados en cánones *at arm's length* de conformidad con las contribuciones de las partes, permitiendo, en su caso, que del beneficio atribuido al intangible pueda inferirse, además, el beneficio de todo el resultado de la empresa. La idea básica consiste en el valor del intangible y de las funciones y actividades desarrolladas al respecto por los participantes y su expectativa de beneficio conforme a los riesgos asumidos por cada uno de ellos. El margen operativo (neto) es el beneficio íntegro menos costes de ventas, gastos de ventas, generales, administrativos, sin incluir, por ejemplo, los intereses; gastos o pérdidas extraordinarias.

El *profit-split* es un modo de análisis del rendimiento particular del activo intangible, repartiendo el margen (neto), el beneficio o la pérdida atribuible a las operaciones vinculadas con referencia la contribución de cada parte en términos de funciones, recursos y riesgos⁷¹.

La división del beneficio puede obtenerse mediante dos métodos. Por un lado, la división del beneficio comparable y por otra, la división del beneficio residual⁷².

⁶⁷ M.C. Haeussler; J.W. Carry, “Current Issues in Valuation: De-bundling composite trademarks and other intangible in transfer pricing análisis”, en *Valuation of intangible assets in global operations*, editor F.J. Contractor, Westport, 2001, p. 194, cita de Nestle Holdings Inc. vs. Comm. 31-7-1998, US 2.º Circuit Court of Appeals.

⁶⁸ F.J. Contractor, Valuation of intangible assets, *op. cit.*, F.J. Contractor, Intangible assets and principles for their valuation, p. 15.

⁶⁹ Por ejemplo, según J. Jarosz, C. Mulhern, R. Vigil, Industry royalty rates and profitability, presentado en Licencing Executives Society Annual Meeting, 31-10-2001, los cánones promedio en los EE UU, por sector son: Automóviles, 4.7 por 100; Química, 4.7 por 100; Ordenadores, 5.2 por 100; Bienes de consumo, 5.5 por 100; Electrónica, 4.3 por 100; Energía y Ambiente, 5 por 100; Productos de salud, 5.8 por 100; Internet, 11.7 por 100; Maquinaria, 5.2 por 100; Farmacéutico, 7 por 100; Semiconductores, 4.6 por 100; aplicaciones informáticas, 10.5 por 100 y telecomunicaciones, 5.3 por 100.

⁷⁰ R.F. Reilly; R.P. Schweihs, *Valuing intangible assets*, New York, 1999, pp. 193, 449 y sigs.

⁷¹ M. Boos, *International Transfer Pricing. The Valuation of Intangible Assets*, The Hague, 2003, p. 110.

⁷² S.I. Langbein, “The unitary method and the myth of *arm's length*”, 30 *Tax Notes* 625, 1986, donde sugestivamente encuentra en el *profit splitting* una fórmula de reparto de beneficios en una empresa única y no separada, puesto que se pretende que el beneficio o la pérdida combinada debe derivar de la más estricta actividad de empresa identificable del conjunto vinculado de cuyos datos se dispone lo que incluye las transacciones vinculadas (actividad relevante de empresa).

“Generalmente, estos métodos evalúan si la asignación del margen operativo de beneficio *combinado* o las pérdidas atribuibles a una o más operaciones vinculadas es *at arm's length* por referencia al *valor relativo* de las contribuciones realizadas por cada contribuyente asociado al margen operativo combinado de beneficio o pérdida.”⁷³

Las claves para la lectura de estas disposiciones residen en la idea de actividad combinada, o sea interdependiente y en conjunto, y por el valor relativo de cada parte en una genuina actividad de empresa. Desde esta perspectiva la división del beneficio está más próxima a la *apportionment formula* que al *at arm's length*⁷⁴.

La división del beneficio comparable consiste en comparar el margen operativo entre la empresa vinculada y otra u otras independientes que realizan actividades similares bajo circunstancias semejantes. Los fundamentos del contraste residen, por una parte, en la comparación entre los márgenes operativos y, por otra, en las condiciones contractuales que les dan origen. La división comparada de beneficios (CPS) tiene su referencia exclusiva en el mercado; siempre que los términos de la comparación sean más o menos equivalentes, porque si varían significativamente, el método no es fiable⁷⁵.

La suerte del método está condicionada por el descubrimiento de intangibles que sean comparables en circunstancias semejantes y de similar naturaleza, lo cual indica su aplicación a intangibles conocidos, difundidos, de empleo habitual y rutinario en distintas empresas. En otros términos, será difícil para empresa sometida a comprobación justificar un elevado valor capital y un canon apropiado si el intangible no provee un margen operativo excepcional o superior derivado del carácter único del capital intelectual. Desde la perspectiva administrativa sirve para la determinación de la manipulación más o menos severa de los precios de transferencia respecto a intangibles conocidos y cuyo valor es previsible. En tal sentido se entiende la apreciación reglamentaria al afirmar que el concepto “rutina” no significa necesariamente que una contribución tiene un bajo valor.” De hecho las transacciones comparables independientes pueden indicar que el retorno de una contribución de rutina es muy significativo⁷⁶.

Asimismo, la división del beneficio comparable requiere su anclaje en otras empresas del mercado; cosa que no sucede con el beneficio residual. No obstante, la propia reglamentación se ocupa de precisar que este método no es utilizable si es significativa la diferencia entre el beneficio operativo en el conjunto vinculado y la empresa independiente⁷⁷.

El método de la división del beneficio residual diferencia entre contribuciones rutinarias y las que no lo son. Las primeras son las “mismas o de similar clase que las realizadas por contribuyentes no vinculados implicados en actividades similares por lo que es posible identificar tasas de retorno de mercado”⁷⁸. Se refiere a contribuciones de propiedad intelectual, intangibles, servicios que son conocidos en el mercado y operan en actividades iguales o semejantes. Las contribuciones no rutinarias son las “que no se contabilizan como una contribución de rutina”⁷⁹.

El método de la división del beneficio residual no se entiende como el método de clausura (*default*) destinado a aplicarse en defecto de cualquiera de los demás; sino que se aplica cuando resulta imposible determinar un beneficio basado en el mercado⁸⁰.

⁷³ Reg. 1.482-9T(g); 1.482-6T(3)(i)(B).

⁷⁴ T. Rosembuj, *Derecho fiscal internacional*, Barcelona, 2001, p. 121, fórmula de reparto que permite gravar proporcionalmente la parte de actividad del conjunto mundial del no residente por razón de sus ventas, capital, salarios, al que se aplica el respectivo impuesto.

⁷⁵ Reg. 1.482-5; 1.482.-1-(d).

⁷⁶ Reg. 1.482-6T(c)(3)(i)(B)(1).

⁷⁷ Reg. 1.482-1(d), 1.482-6(c).

⁷⁸ Reg. 1.482-5.

⁷⁹ Reg. 1.482-6.

⁸⁰ No está claro, pese a la formal excusa de la Administración americana en las reglamentaciones, que no sea éste el sentido de la división del beneficio residual. El método interviene toda vez que el sujeto vinculado falla en su argumentario o no cumple con los requerimientos legales específicos. Si no es *default*, es algo que se le parece mucho.



El método se aplica en dos etapas. Primero, se pretende determinar el retorno de mercado de las contribuciones de rutina, por comparación con el que obtienen las empresas independientes en el mercado. Segundo, las asignaciones de beneficio de las contribuciones de rutina pueden no reflejar el beneficio de las contribuciones que no son de rutina. Cuando éstas últimas están presentes surgirá un beneficio residual no asignado previamente.

El *valor relativo* de las contribuciones que no son de rutina a cada participante de la operación vinculada se mide conforme a las funciones, riesgos y recursos empleados en la actividad. Por ejemplo, a la contribución de una de las partes en *know how* especializado puede corresponder la contribución de la otra en la obtención de licencias y conexiones en otro Estado que permiten la operación combinada.

El problema es como se fija el valor relativo de las contribuciones que no son de rutina, en la idea que no hay una referencia externa al valor en el mercado que lo permita. Cuanto más excepcional sea el intangible menos posibilidades existen de fijar un tipo de retorno de mercado, puesto que su carácter único permite el exceso de beneficios o el beneficio extraordinario derivado de su particularidad.

En la propuesta de regulación 2003, ahora modificada, se utilizaba el concepto *high values* una expresión indicadora de la fiabilidad de método del beneficio residual toda vez que el tráfico jurídico tuviera como objeto valores elevados de servicios o intangibles o, también, servicios *highly integrated* lo cual dificultaba sus estimación separada, una fórmula combinada de reparto que une beneficios para su posterior atribución. Aunque esto no aparece literalmente en la actual disciplina, no es menos cierto que el concepto sigue vigente⁸¹.

Alternativamente, el valor relativo de las contribuciones de intangibles únicos o excepcionales puede estimarse por la capitalización del coste de desarrollo, su mejora y actualizaciones, menos la amortización por la vida útil del activo. Su coste como señal de valor capital para determinar el beneficio económico futuro.

6.2.2. *El retorno sobre la capitalización de los gastos*

El canon puede reflejar, específicamente, en el conjunto vinculado la compensación los costes de desarrollo, mejora y actualización de la propiedad intangible y su explotación inmediata y global.

Es cierto que los costes no son equivalentes al valor del intangible; pero, no lo es menos que en el marco de una organización única y unitaria los *sunk costs* y la amortización de la inversión inicial pueden aspirar, más allá del ámbito local en el que se incurrieron, a fijar una tasa de retorno a los miembros que, estrictamente se funda en capitalizar los gastos del intangibles.

Es cierto que la correlación coste y beneficio no es matemática. Entre dos proyectos de investigación cuyo coste es igual, uno puede producir una corriente de beneficios significativas y el otro pérdidas. Pero, a efectos de la aplicación de las reglas de precio de transferencia, puede servir para configurar la realidad jurídica efectiva de la inversión y su compensación, una medida del beneficio ligada a la naturaleza de la operación vinculada, sobre la que no existe un mercado de comparables⁸².

El método de capitalización del gasto significa que hay un activo cuya vida útil se prolonga más allá del período anual y susceptible de amortización y cuya corriente de beneficios futuros tiene que ser congruente con la inversión, puesto que, en otro caso, no se realizaría. Es una forma de estimar el valor de mercado deducible del valor actual del flujo del rendimiento futuro esperado. Lo contrario, considerar el gasto como ordinario o corriente implica que no hay activo que pueda generar frutos en el futuro, ya que son gastos que se agotan durante el año y se cargan contra los beneficios del período.

⁸¹ Prop. Reg. 2003 1.482-9(g)(1). El contenido de las críticas apuntaba a que podría ser temerario establecer que los servicios de alto valor utilizan intrínsecamente *know how* y propiedad intangible. En principio, esto no parece persuasivo. El servicio excepcional siempre tiene un componente objetivo de capital intelectual que, como en el caso de la asistencia técnica, resulta difícilmente identificable autónomamente.

⁸² J. Hand; B. Lev, *Intangible assets*, op. cit. M. Blair; S. Wallman, *The growing intangibles reporting discrepancy*, pp. 455, 463.

Se sostiene que el coste del desarrollo del intangible no tiene relación con el valor del activo intangible o muy poca. Esto es cierto desde la perspectiva del capital intelectual, ya que el activo puede resultar de la casualidad, o del curso ordinario de la actividad y grandes inversiones, v.g. publicidad, pueden tener escasa influencia en la marca o brand. Pero, no es menos cierto que la capitalización de los costes, desde la perspectiva tributaria del precio de transferencia, impone una justificación del canon que no puede ser discrepante con el valor actual del beneficio económico futuro del propietario⁸³. En esta situación, la pregunta es ¿qué paga el canon?. Gasto del período o capital amortizable.

Para el perceptor será siempre una renta del capital intelectual de la organización, eventualmente como alquiler, precio o inclusive aportación no dineraria a otra sociedad. Esto supone que aquellos intangibles descritos como capital, por su valor intelectual independiente de cualquier servicio personal, configuran el gasto de conservación como amortizable plurianual, que no gasto anual deducible del ingreso ordinario. El canon identificable como fruto del capital intelectual no es susceptible, como el dividendo, de deducción corriente como gasto del período. (Sec. 936(H)(3)(A)(B) y 197(d) IRC)⁸⁴.

6.3. La aportación no dineraria

La aportación de intangibles a una sociedad no residente y la adjudicación de participaciones o acciones al aportante se caracteriza como una venta a cambio de presuntos pagos periódicos (Sec. 367 (d) IRC). La presunción legal determina que la permuta de intangible por capital social de una entidad total o parcialmente controlada es una venta a cambio de una contraprestación asimilable a un presunto canon (*constructive royalty-like payments*). Estos rendimientos serán gravados a lo largo de la vida útil estimada del intangible como ingreso ordinario en cabeza del vendedor, lo haya o no percibido. El canon presunto está sometido, además, al criterio del rendimiento apropiado y es susceptible de revisión y actualización⁸⁵.

No parece que esta vía sea de utilidad manifiesta para la organización del conjunto vinculado, sobre todo, ante la flexibilidad que proporcionan los contratos de licencias y los de asistencia técnica, salvo, en legislaciones que no lo prevean, para eludir o evitar cánones en el Estado de la fuente so pretexto de ganancia de capital.

CONCLUSIONES

La explotación del capital intelectual, del conocimiento y del bien jurídico de información, es la principal de las ventajas competitivas de la organización transnacional en el mercado global. Es una organización única y unitaria cuya característica es obtener el máximo aprovechamiento económico en el menor tiempo posible de los intangibles y servicios que ayuden al aumento de su *goodwill* total.

El precio de transferencia es el modo típico de funcionamiento interno del conjunto vinculado con vistas al aumento de sus ganancias o al ahorro de costes. La finalidad fiscal integra el precio de transferencia y su manipulación afecta los intereses fiscales de los Estados donde se realizan las actividades de empresa. El conjunto vinculado es una comunidad de intereses con pluralidad de sujetos y su orientación pretende una participación de cada uno de ellos en el capital intelectual en proporción a los costes y riesgos asumidos. El precio de transferencia refleja el flujo financiero y fiscal de

⁸³ G.V. Smith; R.L. Parr, *op. cit.* p. 406.

⁸⁴ No son de gran ayuda las sugerencias contenidas en la *OCDE Guidelines*, 6.28; 6.29; 6.30; 6.31; 6.32; 6.33; 6.34; 6.35 respecto a los precios de los intangibles excepcionales o de alta incertidumbre sobre sus beneficios futuros previsibles, básicamente, porque usa exclusivamente la referencia a comparables externos, que precisamente, en estos supuestos no existen.

⁸⁵ Ch.H. Gustafson *et al.* *Op. cit.* p. 913.

las empresas asociadas y la prima de pertenencia, el beneficio que se obtiene simplemente por ser miembro del conjunto. Se paga por lo que se obtiene, pero, también, por estar.

El comercio interno de intangibles y servicios somete a los sistemas tributarios a dura prueba, por las dificultades de identificación y valoración que les son propias. Claramente, la comparación con referencias externas de mercado es virtualmente inútil porque el secreto propietario o posesorio de más valor no tiene parangón. En especial, las contribuciones mutuas que no son de rutina, de elevado valor y compleja integración en las operaciones que se realizan. De ello la reflexión sobre la fórmula unitaria de reparto basada en elementos internos de la empresa sobre indicadores de beneficios o pérdidas y el coste de capitalización.

Las Sec. 197 y 936(3)(B) del IRC son esenciales para la formulación del concepto de intangibles, como valor de capital intelectual amortizable independiente de los servicios personales y catalogando sus distintas expresiones, sin perjuicio de admitir otros no previstos. El tráfico jurídico de los intangibles, Sec. 1231 y 1253 del IRC completa un cuadro básico dominado por el principio de la realidad económica, de la realidad jurídica efectiva y su concordancia o discrepancia con los resultados contractuales. El análisis exhaustivo de propiedad, de venta o arrendamiento, de pagos condicionados que pueden alterar la naturaleza de la operación facilitan la respuesta jurídica a un discurso de conceptos abiertos, difusos, de límites a veces imperceptibles.

La potestad administrativa es discrecional y amplia; pero, en base a la verdad contractual y su adhesión a la sustancia económica, la realidad jurídica efectiva. La recalificación de las operaciones para asignar rendimientos o gastos tiene un claro fundamento documental, lo cual, a mi entender, convierte en ilícito el precio de transferencia que lo incumple, razón por la cual se sanciona.

La Sec. 482 del IRC establece que cualquier cesión o concesión de intangible obliga a determinar el beneficio o renta en forma adecuada con relación al beneficio o renta atribuible al propio intangible. El criterio de la determinación adecuada del beneficio (*the income shall be commensurate with the income attributable to the intangible*) se aplica para determinar si la compensación es apropiada a la corriente o flujo de renta que puede generarse, no solo en el momento en que se celebra la transacción, si no en periodos sucesivos. La propiedad permite establecer a quien se le atribuye el rendimiento. La propiedad se distingue en legal o registral, contractual o de control: propiedad, posesión y tenencia. La contribución de mejora a un intangible de propiedad ajena se basa en que siempre dará lugar a compensación, fundada en un acuerdo contractual, de pago único o condicionados, de valoración separada o conjunta con otros servicios en los que pueda hallarse incluida. La clave es que la compensación se justifica siempre que la mejora se localice en el propietario del intangible, que no en el titular de la explotación, sea licenciatario o controlante.

La distinción teórica entre intangibles y servicios o viceversa es compleja y borrosa, porque ambas categorías abren vías a la manipulación sin pruebas del precio de transferencia. De hecho, son las fuentes dominantes de la erosión de las bases imponibles del conjunto vinculado. El servicio debe generar un beneficio en el receptor para corresponder a su prestación y cobro. Hay servicios que nunca se les reconoce el beneficio, puesto que, en el mercado, nadie pagaría por su realización o lo haría por su cuenta: actividades con efectos indirectos o remotos; actividades duplicadas; actividades a favor del propietario del capital social; actividades de asociación pasiva. De nuevo la Administración puede combinar o separar las operaciones conforme los servicios impliquen cesión de capital intelectual o, a la inversa, la cesión de capital intelectual encubra servicios.

Las relaciones contractuales efectivas sirven para estimar la verosimilitud de los pagos condicionados a resultados entre las partes, examinando si hay congruencia entre los beneficios y riesgos asumidos por las mismas y, sobre todo, si las condiciones que se arguyen fueron en su momento previstas y se realizaron o no.

La potestad administrativa puede calificar las operaciones imputando de forma distinta los pagos condicionados o, inclusive, fijándolos donde no se produjeron, de acuerdo a los hechos y circunstancias.

La reglamentación provisional de 4-8-2006 sobre servicios y atribución de intangibles, en vigor desde enero de 2007, que sobreviene a la propuesta de reglamento de 2003 propone una lectura ambiciosa del precio de transferencia.

El primer punto es la confianza en el contrato previo y su contraste con la sustancia económica de la operación. El segundo punto, es la potestad de recalificar operaciones aparentes del tráfico jurídico que o no transmiten el dominio o lo hacen en forma encubierta; la discriminación entre lo que es venta y arrendamiento o control material y el tercero y a mi modo de ver, el más importante, una cierta y sutil inclinación en la materia hacia el método de la división del beneficio comparable y del beneficio residual como clausura del sistema de estimación de rendimientos derivados de los intangibles y servicios, en la proporción de las funciones, riesgos y recursos de los participantes, Aún más, a riesgo de ser polémico podría afirmar que el beneficio combinado que deriva de contribuciones a intangibles únicos, excepcionales, que no son de rutina solo puede confiarse al método del beneficio residual, lo cual supone una suerte de fórmula unitaria de reparto del beneficio gravable cuyo origen es la propia organización, sin referencia perceptible al mercado. Alternativamente, la capitalización de los gastos en el desarrollo y mejora de los intangibles solventan la idea que, lentamente, aunque no se admita expresamente, la división del beneficio residual en cualquiera de sus aplicaciones se convierte en *default* cuando las circunstancias de hecho lo aconsejen.

El beneficio residual derivado de un intangible excepcional o de servicios igualmente calificables sirve para determinar el rendimiento actual y futuro del activo o, al contrario, su valor capital. La capitalización de la inversión en intangibles permite determinar el tipo de la compensación por su explotación y, asimismo, el valor capital. Sea por el ingreso o por el coste la Administración puede apreciar, en el seno de la empresa, sin referencias al mercado, la “verdadera renta imponible del contribuyente vinculado”, que, en suma, es lo que se persigue.

**DOCUMENTOS DE TRABAJO EDITADOS POR EL
INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES**

2000

- 1/00 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 1999.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 2/00 Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998.
Autores: M.^a Luisa Delgado, Consuelo Díaz y Fernando Prats.
- 3/00 La imposición sobre hidrocarburos en España y en la Unión Europea.
Autores: Valentín Edo Hernández y Javier Rodríguez Luengo.

2001

- 1/01 Régimen fiscal de los seguros de vida individuales.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 2/01 Ciudadanos, contribuyentes y expertos: Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2000.
Autor: Área de Sociología Tributaria.
- 3/01 Inversiones españolas en el exterior. Medidas para evitar la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades.
Autora: Amelia Maroto Sáez.
- 4/01 Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: Semejanzas y diferencias.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 5/01 Procesos de coordinación e integración de las Administraciones Tributarias y Aduaneras. Situación en los países iberoamericanos y propuestas de futuro.
Autores: Fernando Díaz Yubero y Raúl Junquera Valera.
- 6/01 La fiscalidad del comercio electrónico. Imposición directa.
Autor: José Antonio Rodríguez Ondarza.
- 7/01 Breve curso de introducción a la programación en Stata (6.0).
Autor: Sergi Jiménez-Martín.
- 8/01 Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e Impuesto sobre Sociedades.
Autor: Juan López Rodríguez.
- 9/01 Los convenios y tratados internacionales en materia de doble imposición.
Autor: José Antonio Bustos Buiza.
- 10/01 El consumo familiar de bienes y servicios públicos en España.
Autor: Subdirección General de Estudios Presupuestarios y del Gasto Público.
- 11/01 Fiscalidad de las transferencias de tecnología y jurisprudencia.
Autor: Néstor Carmona Fernández.
- 12/01 Tributación de la entidad de tenencia de valores extranjeros española y de sus socios.
Autora: Silvia López Ribas.
- 13/01 El profesor Flores de Lemus y los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 14/01 La nueva Ley General Tributaria: marco de aplicación de los tributos.
Autor: Javier Martín Fernández.
- 15/01 Principios jurídico-fiscales de la reforma del impuesto sobre la renta.
Autor: José Manuel Tejerizo López.
- 16/01 Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias.
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 17/01 El papel del profesor Fuentes Quintana en el avance de los estudios de Hacienda Pública en España.
Autora: María José Aracil Fernández.
- 18/01 Regímenes especiales de tributación para las pequeñas y medianas empresas en América Latina.
Autores: Raúl Félix Junquera Varela y Joaquín Pérez Huete.
- 19/01 Principios, derechos y garantías constitucionales del régimen sancionador tributario.
Autores: Varios autores.
- 20/01 Directiva sobre fiscalidad del ahorro. Estado del debate.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 21/01 Régimen Jurídico de las consultas tributarias en derecho español y comparado.
Autor: Francisco D. Adame Martínez.
- 22/01 Medidas antielusión fiscal.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 23/01 La incidencia de la reforma del Impuesto sobre Sociedades según el tamaño de la empresa.
Autores: Antonio Martínez Arias, Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.

- 24/01 La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.
- 25/01 El impacto de la reforma del IRPF en la presión fiscal indirecta. (Los costes de cumplimiento en el IRPF 1998 y 1999).
Autor: Área de Sociología Tributaria.

2002

- 1/02 Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales.
Autora: Ascensión Maldonado García-Verdugo.
- 2/02 La tributación de las ganancias de capital en el IRPF: de dónde venimos y hacia dónde vamos.
Autor: Fernando Rodrigo Saucó.
- 3/02 A tax administration for a considered action at the crossroads of time.
Autora: M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 4/02 Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los convenios de doble imposición y el derecho comunitario Europeo: ¿Hacia la “comunitarización” de los CDIs?
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 5/02 La modificación del modelo de convenio de la OCDE para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal. Interpretación y novedades de la versión del año 2000: la eliminación del artículo 14 sobre la tributación de los Servicios profesionales independientes y el remozado trato fiscal a las *partnerships*.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 6/02 Los convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes.
Autores: José María Vallejo Chamorro y Manuel Gutiérrez Lousa.
- 7/02 La Ley General de Estabilidad Presupuestaria y el procedimiento de aprobación de los presupuestos.
Autor: Andrés Jiménez Díaz.
- 8/02 IRPF y familia en España: Reflexiones ante la reforma.
Autor: Francisco J. Fernández Cabanillas.
- 9/02 Novedades en el Impuesto sobre Sociedades en el año 2002.
Autor: Manuel Santolaya Blay.
- 10/02 Un apunte sobre la fiscalidad en el comercio electrónico.
Autora: Amparo de Lara Pérez.
- 11/02 I Jornada metodológica “Jaime García Añoveros” sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho financiero y tributario.
Autores: Pedro Herrera Molina y Pablo Chico de la Cámara (coord.).
- 12/02 Estimación del capital público, capital privado y capital humano para la UE-15.
Autoras: M.^a Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 13/02 Líneas de Reforma del Impuesto de Sociedades en el contexto de la Unión Europea.
Autores: Santiago Álvarez García y Desiderio Romero Jordán.
- 14/02 Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2001.
Autor: Área de Sociología Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales.
- 15/02 Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la Fiscalidad internacional.
Autor: Abelardo Delgado Pacheco.
- 16/02 Brief report on direct an tax incentives for R&D investment in Spain.
Autores: Antonio Fonfría Mesa, Desiderio Romero Jordán y José Félix Sanz Sanz.
- 17/02 Evolución de la armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades en materia contable y fiscal.
Autores: Elena Fernández Rodríguez y Santiago Álvarez García.
- 18/02 Transparencia Fiscal Internacional.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 19/02 La Directiva sobre fiscalidad del ahorro.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 20A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 20B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO I. Parte General. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21A/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 1.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 21B/02 Anuario Tributario de Jurisprudencia sistematizada y comentada 1999. TOMO II. Parte Especial. Volumen 2.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 22/02 Medidas unilaterales para evitar la doble imposición internacional.
Autor: Rafael Cosín Ochaita.
- 23/02 Instrumentos de asistencia mutua en materia de intercambios de información (Impuestos Directos e IVA).
Autora: M.^a Dolores Bustamante Esquivias.
- 24/02 Algunos aspectos problemáticos en la fiscalidad de no residentes.
Autores: Néstor Carmona Fernández, Fernando Serrano Antón y José Antonio Bustos Buiza.
- 25/02 Derechos y garantías de los contribuyentes en Francia.
Autor: José María Tovillas Morán.

- 26/02 El Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea: Situación actual y rasgos básicos de su evolución en la última década.
Autora: Raquel Paredes Gómez.
- 27/02 Un paso más en la colaboración tributaria a través de la formación: el programa Fiscalis de la Unión Europea.
Autores: Javier Martín Fernández y M.^a Amparo Grau Ruiz.
- 28/02 El comercio electrónico internacional y la tributación directa: reparto de las potestades tributarias.
Autor: Javier González Carcedo.
- 29/02 La discrecionalidad en el derecho tributario: hacia la elaboración de una teoría del interés general.
Autora: Carmen Uriol Egido.
- 30/02 Reforma del Impuesto sobre Sociedades y de la tributación empresarial.
Autor: Emilio Albi Ibáñez.

2003

- 1/03 Incentivos fiscales y sociales a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo.
Autora: Anabel Zárate Marco.
- 2/03 Contabilidad versus fiscalidad: situación actual y perspectivas de futuro en el marco del Libro Blanco de la contabilidad.
Autores: Elena Fernández Rodríguez, Antonio Martínez Arias y Santiago Álvarez García.
- 3/03 Aspectos metodológicos de la Economía y de la Hacienda Pública.
Autor: Desiderio Romero Jordán.
- 4/03 La enseñanza de la Economía: algunas reflexiones sobre la metodología y el control de la actividad docente.
Autor: Desiderio Romero Jordán.
- 5/03 Errores más frecuentes en la evaluación de políticas y proyectos.
Autores: Joan Pasqual Rocabert y Guadalupe Souto Nieves.
- 6/03 Traducciones al español de libros de Hacienda Pública (1767-1970).
Autoras: Rocío Sánchez Lissén y M.^a José Aracil Fernández.
- 7/03 Tributación de los productos financieros derivados.
Autor: Ángel Esteban Paúl.
- 8/03 Tarifas no uniformes: servicio de suministro doméstico de agua.
Autores: Santiago Álvarez García, Marián García Valiñas y Javier Suárez Pandiello.
- 9/03 ¿Mercado, reglas fiscales o coordinación? Una revisión de los mecanismos para contener el endeudamiento de los niveles inferiores de gobierno.
Autor: Roberto Fernández Llera.
- 10/03 Propuestas de introducción de técnicas de simplificación en el procedimiento sancionador tributario.
Autora: Ana María Juan Lozano.
- 11/03 La imposición propia como ingreso de la Hacienda autonómica en España.
Autores: Diego Gómez Díaz y Alfredo Iglesias Suárez.
- 12/03 Quince años de modelo dual de IRPF: Experiencias y efectos.
Autor: Fidel Picos Sánchez.
- 13/03 La medición del grado de discrecionalidad de las decisiones presupuestarias de las Comunidades Autónomas.
Autor: Ramón Barberán Ortí.
- 14/03 Aspectos más destacados de las Administraciones Tributarias avanzadas.
Autor: Fernando Díaz Yubero.
- 15/03 La fiscalidad del ahorro en la Unión Europea: entre la armonización fiscal y la competencia de los sistemas tributarios nacionales.
Autores: Santiago Álvarez García, María Luisa Fernández de Soto Blass y Ana Isabel González González.
- 16/03 Análisis estadístico de la litigiosidad en los Tribunales de Justicia. Jurisdicción contencioso-administrativa (período 1990/2000).
Autores: Eva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.
- 17/03 Incentivos fiscales a la investigación, desarrollo e innovación.
Autora: Paloma Tobes Portillo.
- 18/03 Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina.
Directores: Miguel Buñuel González y Pedro M. Herrera Molina.
- 19/03 Régimen fiscal de la sociedad europea.
Autores: Juan López Rodríguez y Pedro M. Herrera Molina.
- 20/03 Reflexiones en torno al debate del impacto económico de la regulación y los procesos institucionales para su reforma.
Autores: Anabel Zárate Marco y Jaime Vallés Giménez.
- 21/03 La medición de la equidad en la implementación de los sistemas impositivos.
Autores: Marta Pascual y José María Sarabia.
- 22/03 Análisis estadístico de la litigiosidad experimentada en el Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña (1990-2000).
Autores: Eva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.
- 23/03 Incidencias de las NIIF en el ámbito de la contabilidad pública.
Autor: José Antonio Monzó Torrecillas.

- 24/03 El régimen de atribución de rentas tras la última reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
Autor: Domingo Carbajo Vasco.
- 25/03 Los grupos de empresas en España. Aspectos fiscales y estadísticos.
Autores: María Antonia Truyols Martí y Luis Esteban Barbado Miguel.
- 26/03 Metodología del Derecho Tributario.
Autor: Pedro Manuel Herrera Molina.
- 27/03 Estado actual y perspectivas de la tributación de los beneficios de las empresas en el marco de las iniciativas de la Comisión de la Unión Europea.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 28/03 Créditos iniciales y gastos de la Administración General del Estado. Indicadores de credibilidad y eficacia (1988-2001).
Autoras: Ana Fuentes y Carmen Marcos.
- 29/03 La Base Imponible. Concepto y determinación de la Base Imponible. Bienes y derechos no contabilizados o no declarados: presunción de obtención de rentas. Revalorizaciones contables voluntarias. (Arts. 10, 140, 141 y 148 de la LIS.)
Autor: Alfonso Gota Losada.
- 30/03 La productividad en la Unión Europea, 1977-2002.
Autores: José Villaverde Castro y Blanca Sánchez-Robles.

2004

- 1/04 Estudio comparativo de los convenios suscritos por España respecto al Convenio Modelo de la OCDE.
Autor: Tomás Sánchez Fernández.
- 2/04 Hacienda Pública: enfoques y contenidos.
Autor: Santiago Álvarez García.
- 3/04 Los instrumentos de solidaridad interterritorial en el marco de la revisión de la política regional europea. Análisis de su actuación y propuestas de reforma.
Autor: Alfonso Utrilla de la Hoz.
- 4/04 Política fiscal en la Unión Europea: antecedentes, situación actual y planteamientos de futuro.
Autores: M.^a del Pilar Blanco Corral y Alfredo Iglesias Suárez.
- 5/04 El defensor del contribuyente, un estudio de derecho comparado: Italia y EE UU.
Autores: Eva Andrés Aucejo y José Andrés Rozas Valdés.
- 6/04 El Impuesto Especial sobre los Hidrocarburos y el Medio Ambiente.
Autor: Javier Rodríguez Luengo.
- 7/04 Gestión pública: organización de los tribunales y del despacho judicial.
Autor: Francisco J. Fernández Cabanillas.
- 8/04 Una aproximación al contenido de los conceptos de discriminación y restricción en el Derecho Comunitario.
Autora: Gabriela González García.
- 9/04 Los determinantes de la inmigración internacional en España: evidencia empírica 1991-1999.
Autor: Iván Moreno Torres.
- 10/04 Ética fiscal.
Coord.: Santiago Álvarez García y Pedro M. Herrera Molina.
- 11/04 Las normas antiparaiso fiscal españolas y su compatibilidad con el Derecho Comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea.
Autores: José Manuel Calderón Carrero y Adolfo Martín Jiménez.
- 12/04 La articulación de la participación española en los organismos multilaterales de desarrollo con las políticas de comercio exterior.
Autor: Ángel Esteban Paul.
- 13/04 Tributación internacional de profesores y estudiantes.
Autor: Emilio Aguas Alcalde.
- 14/04 La convergencia entre contabilidad financiera pública y contabilidad nacional: una aproximación teórica con especial referencia a los criterios de valoración.
Autor: Manuel Pedro Rodríguez Bolívar.
- 15/04 Situación actual y perspectivas de futuro de los impuestos directos de la Unión Europea.
Autores: Juan José Rubio Guerrero y Begoña Barroso Castillo.
- 16/04 La ética en el diseño y aplicación de los sistemas tributarios.
Coord.: Santiago Álvarez García y Pedro M. Herrera Molina.
- 17/04 El sector público y la inversión en vivienda: la deducción por inversión en vivienda habitual en España.
Autores: Francisco Adame Martínez, José Ignacio Castillo Manzano y Lourdes López Valpuesta.
- 18/04 Discriminación fiscal de la familia a través del IRPF. Incidencia de la diversidad territorial en la desigualdad de tratamiento.
Autora: M. Carmen Moreno Moreno
- 19/04 Las aglomeraciones urbanas desde la perspectiva de la Hacienda Pública.
Autora: María Cadaval Sampedro.
- 20/04 La autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas de régimen común.
Autores: Santiago Álvarez García, Antonio Aparicio Pérez y Ana Isabel González González.
- 21/04 Neutralidad del Impuesto sobre Sociedades español en el contexto europeo. Análisis del Informe "Fiscalidad de las empresas en el Mercado Interior (2001)".
Autora: Raquel Paredes Gómez.

- 22/04 El impuesto de Sociedades en la Europa de los veinticinco: un análisis comparado de las principales partidas.
Autores: José Félix Sanz, Desiderio Romero, Santiago Álvarez, Germán Chocarro y Yolanda Ubago.
- 23/04 La cooperación administrativa en la Unión Europea: el programa FISCALIS 2007.
Autor: Ernesto García Sobrino.
- 24/04 La financiación de las elecciones generales en España, 1977-2000.
Autores: Enrique García Viñuela y Joaquín Artés Caselles.
- 25/04 Análisis estadístico de la litigiosidad en los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Central.
Autores: Eva Andrés Aucejo y Vicente Royuela Mora.
- 26/04 La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional. La experiencia española y el Derecho comparado.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 27/04 Distribución de la renta y crecimiento.
Autor: Miguel Ángel Galindo Martín.
- 28/04 Evaluación de la efectividad de la política de cooperación en la innovación: revisión de la literatura.
Autores: Joost Heijs, Mikel Buesa, Liliana Herrera, Javier Sáiz Briones y Patricia Valadez.
- 29/04 Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados.
Autor: Joaquín Pérez Huete.
- 30/04 La fiscalidad del seguro individual.
Autora: Roberta Poza Cid.

2005

- 1/05 La circulación de valores en Contabilidad Nacional: análisis de los elementos de los estados financieros desde un punto de vista conceptual.
Autor: Manuel Pedro Rodríguez Bolívar.
- 2/05 Comentarios al Reglamento de obligaciones de información respecto de participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea.
Autor: Francisco José Delmas González.
- 3/05 Presupuesto de la Unión Europea, impacto presupuestario de las ampliaciones y perspectivas financieras.
Autor: Juan Carlos Graciano Regalado.
- 4/05 La imposición sobre las actividades económicas en la Hacienda local a los 25 años de la Constitución.
Autor: Francisco Poveda Blanco.
- 5/05 Objetivos tecnológicos y de internacionalización de las políticas de apoyo a las PYME en Europa.
Autor: Antonio Fonfría Mesa.
- 6/05 Sector público y convergencia económica en la UE.
Autoras: María Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 7/05 La tributación de las plusvalías en el ámbito europeo: una visión de síntesis.
Autor: Fernando Rodrigo Sauco.
- 8/05 El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición.
Autor: Félix Alberto Vega Borrego.
- 9/05 Los precios de transferencia: su tratamiento tributario desde una perspectiva europea.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.
- 10/05 Comentarios a la Directiva del régimen fiscal de reorganizaciones empresariales.
Autor: Juan López Rodríguez.
- 11/05 Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2004.
Autor: Área de Sociología Tributaria. Subdirección General de Estudios Tributarios. Instituto de Estudios Fiscales.
- 12/05 El debate de la financiación autonómica con los resultados del nuevo sistema en 2002.
Autor: Miguel Ángel García Díaz.
- 13/05 Medidas antielusión fiscal.
Autor: Eduardo Sanz Gadea.
- 14/05 Income taxation: a structure built on sand.
Autor: John Prebble.
- 15/05 La muestra de declarantes de IRPF de 2002: descripción general y principales magnitudes.
Autores: Fidel Picos Sánchez, María Antiquera Pérez, César Pérez López, Alfredo Moreno Sáez, Carmen Marcos García y Santiago Díaz de Sarralde Míguez.
- 16/05 La política presupuestaria de las Comunidades Autónomas.
Autores: Miguel Ángel García Díaz, Ana Herrero Alcalde y Alfonso Utrilla de la Hoz.
- 17/05 La deducción por reinversión de beneficios extraordinarios en inmovilizado financiero.
Autora: Nuria Puebla Agramunt.
- 18/05 Los Entes locales como sujetos pasivos del Impuesto sobre el Valor Añadido: una visión general.
Autor: Javier Martín Fernández.
- 19/05 El gravamen en el IRPF de las ganancias de patrimonio en España.
Autora: Cristina de León Cabeta.
- 20/05 La liquidación del sistema de financiación autonómico en 2003 y el sistema de entregas a cuenta.
Autor: Alfonso Utrilla de la Hoz.

- 21/05 Energy taxation in the European Union. Past negotiations and future perspectives.
Autor: Jacob Klok.
- 22/05 Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición.
Autora: Amelia Maroto Sáez.
- 23/05 La fiscalidad internacional del comercio electrónico.
Autor: Francisco José Nocete Correa.
- 24/05 La tributación de los sistemas de previsión social en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
Autora: Susana Bokobo Moiche.
- 25/05 Unidad o pluralidad de actos en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados: un análisis jurídico privado.
Autores: Iñaki Bilbao Estrada y Juan Carlos Santana Molina.
- 26/05 La relación entre el *cash flow* y la oferta monetaria: el caso de algunos países de la Unión Europea.
Autores: Miguel Ángel Galindo Martín, Agustín Álvarez Herranz y María Teresa Méndez Picazo.
- 27/05 Una aproximación al sistema fiscal del antiguo régimen. La recaudación de tributos en ferias y mercados en Castilla en el siglo XVIII.
Autora: María del Mar López Pérez.
- 28/05 Naturaleza jurídica y efectos de las contestaciones a consultas tributarias.
Autor: Francisco D. Adame Martínez.
- 29/05 La educación fiscal en España.
Autoras: M.^a Luisa Delgado, Marta Fernández, Ascensión Maldonado, Concha Roldán y M.^a Luisa Valdenebro.
- 30/05 La tributación de las rentas del capital en el IRPF: gravamen dual o único.
Autor: Teodoro Cordón Ezquerro.

2006

- 1/06 El Impuesto sobre el Valor Añadido en el proceso urbanístico: un análisis a la luz de la jurisprudencia y la doctrina administrativa.
Autor: Jesús Rodríguez Márquez.
- 2/06 Principales características del gravamen del beneficio de la PYME en otros países de la Unión Europea.
Autora: Raquel Paredes Gómez.
- 3/06 Política fiscal y capital social.
Autora: María Soledad Castaño Martínez.
- 4/06 Panorámica de la Formación Continua en España.
Autora: María José Martín Rodrigo.
- 5/06 Alta dirección en la Administración Pública. ¿Política de género? Buscando caminos
Autoras: M.^a José Llombart Bosch, Milagro Montalvo Santamaría, Victoria Galera Vega y Ana Aguado Higón.
- 6/06 La influencia de la fiscalidad en las distintas formas de inversión bursátil. Informe.
Autor: César García Novoa.
- 7/06 Códigos de conducta en el orden tributario.
Autores: José A. Rozas Valdés, Montserrat Casanella Chuecos y Pablo García Mexía.
- 8/06 Previsiones financieras de las Comunidades Autónomas para 2006.
Autor: Instituto de Estudios Fiscales.
- 9/06 El empresario en el futuro económico onubense.
Autores: Emilio Fontela, Joaquín Guzmán, Manuela S. de Paz y María de la O Barroso.
- 10/06 Opiniones y actitudes fiscales de los españoles en 2005.
Autor: Área de Sociología Tributaria. Subdirección General de Estudios Tributarios. Instituto de Estudios Fiscales.
- 11/06 Los presupuestos de las Comunidades Autónomas en 2006.
Autor: Miguel Ángel García Díaz.
- 12/06 Delitos contra el patrimonio cultural, especial estudio de contrabando de patrimonio histórico artístico.
Autor: Gonzalo Gómez de Liaño Polo.
- 13/06 Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
Autores: J. Antonio Rodríguez Ondarza y Javier Galán Ruiz.
- 14/06 Un análisis de la política tributaria de las Comunidades Autónomas de régimen común.
Autores: Marta Jorge García-Inés y Santiago Álvarez García.
- 15/06 La necesaria reforma del Impuesto sobre Actividades Económicas: su articulación como recurso de las Haciendas Locales y su coordinación dentro del sistema tributario español.
Autor: Carlos María López Espadafor.
- 16/06 El régimen tributario de la sociedad europea.
Autora: María Teresa Soler Roch.
- 17/06 Las subvenciones en el IVA, consecuencias de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005.
Autor: Carlos Suárez Mosquera.
- 18/06 Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal.
Autor: Fernando Serrano Antón.
- 19/06 La expansión y control del fenómeno de los *tax shelters* en Estados Unidos.
Autor: Ubaldo González de Frutos.

- 20/06 La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI.
Autor: José Manuel Calderón Carrero.
- 21/06 Fiscalidad y desarrollo.
Autores: Carlos Garcimartín, José Antonio Alonso y Daniel Gayo.
- 22/06 El régimen fiscal de las "economías de opción" en un contexto globalizado.
Autor: José Luis Pérez de Ayala.
- 23/06 La opinión pública hacia la Hacienda Pública: una revisión de la moderna teoría positiva.
Autor: José Luis Sáez Lozano.
- 24/06 Planificación fiscal internacional a través de sociedades *holding*.
Autor: José Manuel Almudí Cid.
- 25/06 El gasto público en educación 2000-2004: un análisis por Comunidades Autónomas.
Autores: Alfonso Utrilla de la Hoz y Carmen Mitxelena Camiruaga.
- 26/06 Liquidación del sistema de financiación autonómico en 2004 y el sistema de entregas a cuenta.
Autores: Alfonso Utrilla de la Hoz, Miguel Ángel García Díaz y Ana Herrero Alcalde.
- 27/06 Sector público y convergencia económica en la UE.
Autoras: María Jesús Delgado Rodríguez e Inmaculada Álvarez Ayuso.
- 28/06 *Trust* e instituciones fiduciarias. Problemática civil y tratamiento fiscal.
Autores: Sergio Nasarre Aznar y Estela Rivas Nieto.
- 29/06 La muestra de declarantes de IRPF de 2003: descripción general y principales magnitudes.
Autores: Fidel Picos Sánchez, César Pérez López, Santiago Díaz de Sarralde Miguez, Alfredo Moreno Pérez y María Antiquera Pérez
- 30/06 Cohesion policy reform: the implications for Spain.
Autores: Douglas Yuill, Carlos Méndez, Fiona Wishlade, Encarnación Murillo y María Jesús Delgado.

2007

- 1/07 El gravamen múltiple de los beneficios societarios. Tributación de accionistas.
Autor: Emilio Albi.
- 2/07 Fiscalidad de instrumentos financieros derivados. Una revisión comparada.
Autor: Pablo A. Porporatto.
- 3/07 Cooperación administrativa internacional en materia tributaria. Derecho Tributario Global.
Autor: Francisco Alfredo García Prats.
- 4/07 ¿Es válido el Modelo de Armonización Fiscal de la Unión Europea para la integración en América Latina?
Autores: Domingo Carbajo Vasco, Darío González y Pablo Porporatto.
- 5/07 El Reino Unido y Francia: dos modelos recientes de reforma presupuestaria.
Autor: José Caamaño Alegre.
- 6/07 La suspensión de las liquidaciones y sanciones tributarias como consecuencia de un recurso o reclamación: algunas cuestiones polémicas.
Autor: Abelardo Delgado Pacheco.
- 7/07 Globalización y Derecho Tributario: el impacto del Derecho Comunitario sobre las cláusulas antielusión / abuso del Derecho interno.
Autor: Adolfo J. Martín Jiménez.
- 8/07 Las consecuencias fiscales de la globalización.
Autores: Manuel Gutiérrez Lousa y José Antonio Rodríguez Ondarza.
- 9/07 Alternativas de integración IRPF-IS para evitar la doble imposición de dividendos en el contexto actual.
Autor: Lorenzo Gil Maciá.
- 10/07 Los incentivos fiscales a la innovación en España y en el ámbito comparado.
Autor: Carlos Rivas Sánchez.
- 11/07 Intangibles y precios de transferencia. A propósito de la Section 482 del IRC y la nueva reglamentación 2007 del Tesoro de los EE UU.
Autor: Tulio Rosembuj.