



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

**ECEE
MAESTRÍA EN IMPUESTOS
INCORPORADA A LA SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN PÚBLICA RVOE 20100838**

TESINA:

**“Due Diligence Fiscal para la Toma de Decisiones
del Inversionista”**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRO EN IMPUESTOS**

PRESENTA:

Jesús Alejandro Ávila Rocha

DIRECTOR:

CP y MI Elio Fernando Zurita Morales

Ciudad de México, 2018.

Agradecimientos:

A mis padres, por apoyarme en cada decisión de vida que he tomado, tanto profesional como personal.

A mis maestros, por ser parte fundamental de mi aprendizaje.

A mis amigos por alentarme en realizar una maestría.

Índice

Intro 1.-Antecedentes.....	5
Intro 2.- Etapa de investigación del inversionista.....	6
Intro 3.- Concepto de Due Diligence.....	7
Intro 4.- Objetivos del Due Diligence.....	8
Intro 5.- Diferencias entre Due Diligence y Auditoría independiente.....	8
Intro 6.- Duración del Due Diligence.....	9
Intro 7.- Áreas clave durante el Due Diligence.....	10

Capítulo 1.- Enfoque del Due Diligence

1.1 Planeación inicial.....	11
1.2 Investigación.....	12
1.3 Análisis e interpretación.....	12
1.4 Reporte de Due Diligence.....	13

Capítulo 2.- Tipos de Due Diligence

2.1 Due Diligence Financiero.....	14
2.2 Due Diligence Fiscal.....	16
2.3 Due Diligence Legal y Ambiental.....	17
2.4 Due Diligence de Recursos Humanos.....	18
2.5 Due Diligence de Tecnología de Información (TI).....	19
2.6 Due Diligence de Operaciones.....	19

Capítulo 3.- Áreas suplementarias del Due Diligence

3.1 Aspectos de lavado de dinero.....	20
3.2 Aspectos de corrupción.....	21

Capítulo 4.- Implicaciones fiscales sobre fusiones, escisiones y adquisiciones

4.1 Adquisición de activos y acciones.....	24
4.2 Aspectos de seguridad social.....	26
4.3 Responsabilidad solidaria en caso de una sustitución patronal.....	30
4.4 Costos de transacción para el comprador.....	30
4.5 Atributos fiscales.....	32
4.6 Deducción de los costos de transacción.....	33
4.7 Financiamiento de la adquisición.....	34
4.8 Repatriación de utilidades.....	37
4.9 Fusión de sociedades.....	39
4.10 Escisión de sociedades.....	40

Capítulo 5.- Precios de transferencia

5.1 Operaciones sujetas a precios de transferencia.....	42
5.2 Métodos de precios de transferencia.....	47

Capítulo 6.- Convenios para evitar la doble tributación

6.1 Comentarios al Modelo-Convenio.....	54
6.2 Rol de los comentarios en la legislación fiscal de México y su impacto en reestructuras.....	55

Capítulo 7.- De los Contratos

7.1 Stock Purchase Agreement.....	56
7.2 Asset Purchase Agreement.....	57

Capítulo 8.- Del reporte de Due Diligence

8.1 Antecedentes para la elaboración del Due Diligence.....	60
-------------------------------------------------------------	----

Introducción

Intro 1.-Antecedentes

Derivado del fenómeno de globalización en nuestros días, la inversión en diversos países, la adquisición de nuevas compañías, las fusiones y las reestructuras corporativas han cobrado una gran importancia en los procesos de planeación de los corporativos nacionales y extranjeros.

La inversión extranjera se presenta en economías domésticas como lo es el caso de México, toda vez que se generan mercados potenciales para la obtención de un atractivo rendimiento para los inversores o para aquéllos dedicados al rescate de compañías con problemas de liquidez o negocio en marcha.

No obstante lo anterior, para los inversionistas extranjeros no es tan sencillo inyectar recursos en una compañía o grupo de compañías mexicanas, en virtud de que es necesaria la participación de diversos asesores que se encargan de reportar al posible inversor, los problemas o contingencias que la compañía que pretende adquirirse ("Target") posee o ha poseído a lo largo del tiempo.

Por lo anterior, la intervención de expertos en la materia se vuelve fundamental, ya que para los inversionistas es sumamente importante realizar una auditoría de alto nivel ("Due Diligence") para tomar la decisión de invertir en México o bien buscar otro país en donde colocar sus recursos económicos.

Asimismo, una parte fundamental para realizar este análisis es el conocer la diferencia entre constituir una compañía y adquirirla.

La principal diferencia es que en el caso de constituir una entidad en territorio nacional no se requiere como tal, la elaboración de un Due Diligence Fiscal, toda vez que no existen al momento de su nacimiento, derechos y/u obligaciones a transferir. No obstante lo anterior, es importante mencionar que para la constitución de una nueva compañía es necesario otro tipo de estudios que no son per se una investigación fiscal de riesgos previamente establecidos.

Los estudios que destacan son:

- Investigaciones de mercado sobre la actividad que pretende realizarse
- Permisos para ejercer actividades en México
- Estabilidad económico-social
- Inflación de años previos

- Los impuestos que en el momento de la constitución de la compañía se deben pagar en territorio mexicano
- Los incentivos económicos otorgados por los diferentes órganos del gobierno mexicano
- Incentivos fiscales vigentes
- Normas y procedimiento de comercio exterior para llevar a cabo una adecuada exportación e importación de bienes y servicios
- Situación ambiental del país (sustentabilidad)
- Beneficios de los tipos de sociedades en los que se puede invertir, entre otros

Ahora bien, para efectos de adquirir una compañía mexicana, también deben tomarse en cuenta los puntos anteriormente mencionados; sin embargo, realizar una investigación profunda sobre el caso en particular de la empresa o grupo de empresas que se pretende(n) adquirir, es fundamental. Como se ahondará más adelante, existen diversos tipos de Due Diligence que deben tomarse en consideración para la toma de decisiones del inversionista.

Intro 2.- Etapa de investigación del inversionista

La inversión en compañías o la adquisición o reestructuras de las mismas requiere una etapa de investigación que consista en reunir datos o información financiera, no financiera y operativa del Target con el propósito de analizarla, criticarla e interpretar los resultados sobre cualquier área o aspecto que se considere relevante para decidir si es conveniente o no continuar con la transacción de que se trate.

En casi todos los acuerdos de adquisición o fusión, se establece que el Due Diligence es una de las condiciones que deben ser cumplidas durante el proceso de pre-adquisición o pre-fusión; típicamente es recomendable que para que esta investigación se lleve a cabo, se combine la participación de los siguientes especialistas, entre otros:

- Miembros de la gerencia del adquirente, con experiencia previa en fusiones o adquisiciones, o por lo menos conocedores de aspectos financieros, de recursos humanos, de operación y de tecnologías de información.
- Consultores externos en fusiones y adquisiciones sobre aspectos financieros y fiscales.
- Abogados.

- Consultores en medio ambiente.
- Expertos en marca y propiedad intelectual.
- Auditores independientes.

Intro 3.- Concepto de Due Diligence

El Due Diligence consiste en el análisis e investigación de información que refleja el desempeño financiero histórico, fiscal, operativo y administrativo de una entidad sujeta a adquisición, cambio de control o fusión que ayuda a determinar el precio de adquisición acordado.

Típicamente, la investigación de Due Diligence se utiliza en adquisiciones potenciales, fusiones, negocios conjuntos y, en general, en combinaciones de negocios y transacciones, en las que una entidad es sujeta de evaluación y análisis por otra. En algunos otros casos, también se utiliza para evaluar si una entidad es sujeta de crédito.

Intro 4.- Objetivos del Due Diligence

Generalmente esta investigación la realiza la entidad adquirente sobre la adquirida con el propósito de evaluar las oportunidades, riesgos y sinergias asociadas con la potencial adquisición, el cambio de control y el desempeño futuro de la entidad como negocio en marcha bajo la nueva administración; esto podría ser posible a través de identificar activos sobrevaluados, pasivos subvaluados, obligaciones contingentes y otras partidas que podrían ser asimilables a la deuda ya existente de la entidad sujeta de análisis.

Todos estos son elementos relevantes ya que podrían generar un impacto económico en el precio acordado de la transacción o, incluso, en el desempeño futuro de las entidades. El Due Diligence podría dar como resultado:

- La discontinuación de la transacción y cualquier negociación ("Deal Breaker").
- Modificaciones en el precio acordado.
- Identificación de otros aspectos de negociación para cerrar la transacción.
- Garantías y representaciones adicionales para el contrato de adquisición.
- Creación de reservas dentro del contrato de adquisición.
- Re-valoración de la transacción, de compra de acciones o compra de activos o viceversa.

Como se mencionó en el párrafo anterior, la inversión que se pretenda realizar y el desempeño futuro de la entidad como negocio en marcha bajo la nueva administración. Lo anterior, podría ser posible en la detección de pasivos contingentes, activos sobrevaluados u otras obligaciones contingentes.

Aunque es común que el Due Diligence sea efectuado por los adquirentes, también podría ser utilizado por la entidad sujeta a venta o fusión, a manera de autoevaluación principalmente para identificar por anticipado cualquier aspecto relevante desde el punto de vista del comprador. Esto proporciona la ventaja de preparar negociaciones más favorables e intercambiar concesiones (de garantías y representaciones) para efectos del contrato de adquisición.

Intro 5.- Diferencias entre Due Diligence y Auditoría independiente

No obstante que el Due Diligence es normalmente realizado por los adquirente, también podría ser elaborado por la parte vendedora, con la finalidad de sacar más jugo a la entidad que pretende ser vendida.

En México, la normatividad contable no define al Due Diligence, aunque en la práctica local de fusiones y adquisiciones se suele hacer referencia al término auditoría de compra en lugar de Due Diligence.

La diferencia es que la auditoría tiene una connotación de cumplimiento de normas contables y consiste en el examen de un auditor independiente para emitir su opinión profesional sobre si los Estados Financieros básicos de una entidad fueron preparados bajo las Normas de Información Financiera.

Aunque similar en propósito, el Due Diligence es diferente a una auditoría principalmente debido a que:

- No necesariamente requiere una opinión de que los Estados Financieros de una entidad están preparados con base en Normas de Información Financiera.
- Se enfoca en evaluar aspectos del desempeño financiero y operativo del negocio en marcha, así como en identificar oportunidades para crear valor y riesgos que puedan afectar la valuación existente de una entidad.
- Procura identificar aspectos que puedan reforzar o disolver las negociaciones de una adquisición o fusión; las conclusiones de un Due Diligence bien efectuado determinan ventajas y desventajas.
- No intenta identificar errores o irregularidades de los Estados Financieros.

Intro 6.- Duración del Due Diligence

No existe una regla general con respecto al tiempo que lleva efectuar la investigación de Due Diligence sobre la entidad sujeta a adquisición o fusión. Cada Due Diligence es diferente en naturaleza y alcance, debido a que se planea conforme a los procedimientos que la entidad evaluadora determine que mejor cumplen sus expectativas de información para sus propósitos; por lo tanto, podría resultar corto o exhaustivo según las áreas y asuntos definidos como de interés para el propósito.

Concretamente, el Due Diligence puede consistir en una sola fase de investigación corta o larga, o en varias, atendiendo:

- Al número y tamaño de entidades sujetas a análisis.
- Conocimiento previo de las entidades.
- Si la entidad será sujeta a análisis por uno o más compradores.
- A las fechas o período que son de interés tanto para el adquirente como para el vendedor, ya sea para comunicar una oferta o para cerrar la transacción.

Aunque no es una regla general, en la práctica el Due Diligence podría en resumen comprender las siguientes fases, dependiendo del tamaño de la transacción y del resultado de las negociaciones:

- Fase inicial: los resultados pueden ser variados ya sea para discontinuar negociaciones, para planear una siguiente fase y extender el alcance o para cerrar la transacción.
- Fase confirmatoria: cuando las negociaciones se extienden en tiempo a causa de diversos factores y persiste el interés de las partes de continuar con la transacción; puede acordarse la actualización del Due Diligence sobre información más reciente o, incluso, para extender el alcance a otras áreas, asuntos, temas de seguimiento de la fase inicial y/o para analizar otras entidades.
- Fase de cierre: existen adquisiciones en las que, en el contrato de compraventa de acciones, se establece un mecanismo de ajuste al precio para protección del adquirente y el vendedor; las reglas y términos de tal mecanismo se sujetan a otro análisis, posterior a la ejecución de la transacción, con procedimientos específicos para tal efecto.

Intro 7.- Áreas clave durante el Due Diligence

Cada Due Diligence es diferente y, por lo tanto, las reglas de cómo efectuarlo pueden variar; no obstante deben tomarse en consideración como mínimo algunas áreas específicas tales como:

Aspectos de negocios

- Volúmenes de ventas y márgenes decrecientes.
- Crecimiento agresivo.
- Condiciones de precios cambiantes, mezcla de productos.
- Pérdidas de operación ocurrentes.
- Concentración de negocios o dependencia comercial del cliente y proveedores.

Aspectos de la industria

- Crisis del sector de actividad del Target.
- Competencia.
- Volatilidad.

Aspectos contables y de auditoría

- Sistemas de procesamiento de información obsoletos o procesos manuales.
- Cambios de Normas de Información Financiera.
- Ajustes de auditoría y correcciones contables.
- Partidas extraordinarias o no recurrentes.

Aspectos gerenciales

- Gerencia autocrítica.
- Motivación de la gerencia para manipular resultados.
- Alta rotación.
- Ética y valores corporativos.

Capítulo 1.- Enfoque del Due Diligence

Cuanto mejor estructurado sea el proceso de Due Diligence, éste proporcionará elementos más oportunos y objetivos, para evaluar las conveniencias. Riesgos y aspectos por negociar en una adquisición o fusión. El enfoque integral para un Due Diligence adecuado debe considerar por lo menos las siguientes etapas:

1. Planeación inicial
2. Investigación
3. Análisis e interpretación
4. Reporte de Due Diligence

1.1 Planeación inicial

Planear está en función del tamaño y complejidad de la transacción y del alcance definido por el adquirente con respecto a las áreas y asuntos que considera importantes evaluar con el Due Diligence. De cualquier modo, la etapa de planeación debe de considerar al menos:

- Entendimiento preliminar del Target.
- Comprensión de la negociación actual entre el adquirente través de acuerdos contractuales, los cuales pueden incluir lo siguiente: cartas de intención, memorándums de entendimiento, memorándums de información confidencial, presentaciones de la gerencia, hojas de términos.
- Determinación de los objetivos y establecer el alcance de Due Diligence con respecto a las áreas y asuntos de interés para el adquirente que serán analizados.
- Entendimiento de las bases de valuación, el precio acordado, estructura inicial de la transacción (compra de acciones, compra de activos), y estructura para el pago del precio (efectivo, métodos híbridos, apalancamiento).
- Preparación de los requerimientos de información y entender cuáles serán las fuentes y cómo se harán disponibles, ya sea a través de un cuarto de datos (Data Room), acceso directo a la gerencia del Target, etc.
- Comunicación activa con los demás equipos de especialistas internos e independientes, participantes en las diversas áreas que serán evaluadas.
- Organización logística, horizonte de tiempo, asignación de responsabilidades, aspectos del reporte de resultados.

1.2 Investigación

Consiste en la recolección previa de datos de diversa información de fuentes públicas, tales como reportes anuales, reportes de prensa, revistas y cualquier otra que se considere útil como referencia con respecto al desempeño financiero e industria de la entidad sobre la que se está efectuando el Due Diligence. También es común practicar entrevistas sistemáticas con ejecutivos y miembros clave de la gerencia de la entidad con el propósito de corroborar la información relacionada disponible. Finalmente, se comunican otros requerimientos de información específica sobre las áreas que el comprador potencial define como prioritarias para su análisis y evaluación del Target.

1.3 Análisis e interpretación

La información que la entidad evaluada pone a disposición del evaluador se sujeta al juicio crítico de los especialistas encargados de practicar el Due Diligence. Toda esta información se filtra para asimilar únicamente la relativa a temas y aspectos que se consideren relevantes, porque podrían tener un impacto en la evaluación de la transacción en su conjunto.

1.4 Reporte de Due Diligence

Implica la síntesis, presentación oral y escrita de conclusiones y hallazgos sobre temas prioritarios o que se consideran importantes con respecto al desempeño histórico y/o futuro de la entidad sujeta de Due Diligence, así como de otras observaciones que deben ser consideradas al evaluar la adquisición o fusión de la misma. Todo resumido en un contexto ejecutivo, congruente y coordinado que facilite su interpretación y entendimiento por parte de los lectores.

Es común utilizar métodos gráficos para ilustrar mejor algunos temas, así como incluir recomendaciones específicas para mitigar o resolver conflictos potenciales sobre ciertas situaciones ya sea antes de ejecutar cualquier acuerdo, durante las negociaciones de la adquisición o fusión o post consumación de la misma.

Aunque un reporte de Due Diligence proporciona elementos sobre los riesgos y oportunidades de una adquisición o fusión, generalmente no hace mención específica o asertiva a que la misma debe ser discontinuada o completada; más bien presenta los resultados sintetizados para que sean interpretados y puedan formularse decisiones estratégicas.

Capítulo 2.- Tipos de Due Diligence

El Due Diligence es imprescindible para evaluar si el precio pactado sobre una adquisición de activos o de acciones es realista, razonable o si conviene, en función del rendimiento sobre la inversión y desempeño futuro del negocio adquirido, desde el punto de vista estratégico.

También es el parámetro para evaluar las ventajas y desventajas respecto de otras combinaciones de negocios, tales como una fusión o un negocio conjunto (Joint Venture), en las que generalmente las entidades participantes son sujetas, una a otra, de Due Diligence como requisito para continuar con la transacción.

Existen diversos tipos de Due Diligence, entre otros destacan:

1. Financiero
2. Fiscal
3. Legal y Ambiental
4. De Recursos Humanos
5. De Operaciones
6. De Tecnologías de Información

2.1 Due Diligence Financiero

Anteriormente se mencionó que cada Due Diligence es diferente porque no todas las transacciones de fusiones y adquisiciones de negocios son iguales, el enfoque y extensión del análisis financiero integral dependen principalmente de las áreas, cuentas, asuntos y elementos de interés específico. No obstante, por lo general, el Due Diligence Financiero enfatiza dos aspectos: el del Estado de Resultados y el del Balance General.

Enfoque del Estado de Resultados

En ciertos casos, las utilidades generadas sufren distorsiones causadas por diversos factores, que si no son evaluados adecuadamente en forma aislada provocan la interpretación equivocada de la realidad financiera de una entidad.

En transacciones de fusiones y adquisiciones es importante evaluar la cantidad de utilidades que genera una entidad adquirida, pero es todavía más importante entender cómo se generan, especialmente si es que existieron eventos extraordinarios en la operación del negocio; a esto se le conoce como: Normalización de Utilidades.

Frecuentemente, los modelos para valorar un negocio adquirido tienen que ser re-formulados, ya que los niveles de utilidades normalizadas, en la mayoría de los casos, terminan siendo diferentes a los que se utilizaron como base.

Considerando lo anterior, es importante mencionar que muchas entidades adquiridas o fusionadas que no efectuaron Due Diligence fracasaron porque la calidad de sus utilidades no fue sostenible en el futuro, sino todo lo contrario.

Por lo tanto, el enfoque del Due Diligence para los Estados de Resultados debe por lo menos evaluar los siguientes aspectos:

- Ingresos decrecientes, márgenes de utilidad inconsistentes.
- Ingresos menores comparados con el presupuesto establecido.
- Políticas de descuentos, garantías.
- Efecto de temporada en la actividad de ventas
- Precios sensibles a cambios en el mercado, volatilidad.
- Mezcla de productos, distribución de ventas.
- Concentración de negocios con clientes, acuerdos contractuales significativos.
- Reconocimiento de ingresos.
- Composición del costo de ventas.
- Costos fijos y variables.
- Gastos de operación.
- Costos de reestructura.
- Partidas extraordinarias, no recurrentes, no operativas.
- Errores contables.

Enfoque del Balance General

Es el enfoque más utilizado cuando se trata de una adquisición de activos identificables. El propósito principal del Due Diligence es evaluar la calidad de los activos netos de la entidad por adquirir, es decir, identificar:

- Cualquier deterioro en el valor de los mismos, que no esté reflejado en los Estados Financieros.

- Bienes ociosos.
- Partidas sobre-valoradas.
- Pasivos y obligaciones no registradas y contingencias no consideradas.
- Problemas de liquidez y de flujos de efectivo.
- Inversiones importantes en bienes de capital.
- Restricciones significativas para el uso o disposición de activos.

De manera análoga, el enfoque de Due Diligence para los balances generales debe considerar como mínimo los siguientes aspectos:

- Niveles de capital de trabajo y de flujo de efectivo.
- Transacciones con intercompañías y partes relacionadas que no son a valores de mercado.
- Deterioro de construcciones, maquinaria y equipo.
- Reservas inadecuadas de obsolescencia y lento movimiento de inventarios, faltantes, exceso de inventarios.
- Saldos incobrables de clientes, depósitos no identificados, reservas varias.
- Bienes diferidos.
- Restricciones al efectivo.
- Obligaciones de hacer y no hacer por deuda bancaria, garantías, restricciones.
- Litigios pendientes.
- Obligaciones laborales, beneficios a empleados, planes de retiro.
- Información sobre proyecciones y presupuestos.

2.2 Due Diligence Fiscal

El Due Diligence para esta área consiste en el análisis de la situación fiscal de una entidad sujeta de adquisición, para que un comprador potencial, ya sea de acciones o de activos, tenga elementos para evaluar si es que existen obligaciones sin cumplir o prácticas fiscales agresivas que podrían dar lugar a riesgos y contingencias en el corto plazo o post-adquisición, las cuales deberían ser cubiertas por el vendedor pero que en caso de no ser detectadas antes del cierre de la adquisición, podrían generar responsabilidad solidaria para el comprador. Las conclusiones de este tipo de Due Diligence también aportan elementos para estimar el impacto económico de las obligaciones y contingencias fiscales detectadas.

Generalmente, un comprador procura protegerse de los impactos negativos que pudieran significarle desembolsos futuros de recursos; la mejor manera es mediante representaciones y garantías incluidas en el contrato de adquisición correspondiente. Asimismo, los resultados del Due Diligence fiscal son muy importantes como parte de las bases para formular la estructura de la transacción.

La extensión del Due Diligence Fiscal depende de los aspectos e implicaciones asociadas con las otras áreas que anteriormente mencionamos, y asuntos específicos que sean de interés para un comprador y, por lo general, abarca lo siguiente:

- Impuestos corporativos
- Contribuciones de seguridad social
- Aspectos de comercio exterior
- Precios de transferencia
- Contribuciones locales

Debido a su complejidad y relevancia que tienen para el Due Diligence y el proceso de fusión o adquisición, los aspectos fiscales se abordan con detalle más adelante, ya que es el objeto principal de nuestra investigación de tesis.

2.3 Due Diligence Legal y Ambiental

Una investigación de Due Diligence bien planeada, siempre se extiende a los aspectos jurídicos prevaecientes en la entidad sujeta de adquisición o fusión y se enfoca en los siguientes aspectos, principalmente:

- Cumplimiento de la legislación aplicable según jurisdicciones locales e internacionales en las que opera el negocio o entidad sujeta de adquisición.
- Títulos de propiedad de los bienes, activos netos y acciones.
- Contratos importantes para la operación.
- Permisos y licencias de operación vigentes.
- Libros de accionistas, actas de asambleas y acuerdos, tenencia accionaria.
- Cumplimiento con regulaciones ambientales y acciones de reparación en el caso de descargas contaminantes asociadas con la actividad preponderante.
- Restricciones de contratos importantes, en caso de cambio de control.

- Propiedad intelectual.
- Litigios pendientes de resolución.

Cualquier obligación pendiente que se derive de los aspectos anteriores, afectarían negativamente el flujo de recursos del comprador en el corto plazo si no se detecta durante el Due Diligence; o antes del cambio de control. Si se detecta de manera oportuna, debería ser ajustado del precio acordado para la adquisición, o absorbido por el vendedor.

Si un comprador decide continuar con la adquisición, utiliza protecciones para evitar vicios ocultos o que le sean transferidas ciertas obligaciones legales existentes que sean responsabilidad exclusiva del vendedor; tales protecciones podrían consistir en:

- Garantías y representaciones reflejadas en el contrato de compra venta de acciones o activos.
- Negociación entre el comprador y vendedor para compartir responsabilidad sobre cualquier efecto de aspectos legales.
- Un fondo de garantía que se retiene del precio de la adquisición durante un período específico para cubrir cualquier desembolso causado por eventos con efecto post-adquisición.

2.4 Due Diligence de Recursos Humanos

Tratándose de una fusión o de una adquisición de acciones el Due Diligence de Recursos Humanos es importante no solo porque identifica las obligaciones laborales que se originan de la plantilla de ejecutivos empleados y trabajadores activos de una entidad sujeta de adquisición, sino también porque proporciona elementos para elaborar un plan adecuado de integración, tanto del personal como de sus correspondientes compensaciones y beneficios actuales, para homologarlos con los de la entidad adquirente o fusionante.

En muchas combinaciones de negocios los aspectos de recursos humanos son sensitivos y relevantes de tal manera que se vuelve un asunto de negociación entre el adquirente y el vendedor principalmente cuando tiene que discutirse; quiénes de la plantilla original de empleados se quedan y quiénes se van; el monto de la obligación laboral no fondeada y quién debe absorber las obligaciones laborales pendientes, antes de cerrar la adquisición.

Por lo anterior, también es importante efectuar el Due Diligence sobre aspectos de recursos humanos para evaluar la adquisición del control de una entidad. Algunos puntos específicos que se recomienda cubrir con este análisis, son:

- Estimación empírica o actuarial de las obligaciones por concepto de prima de antigüedad y otros pagos por terminación de la relación laboral.
- Contratos colectivos de trabajo e historia de las relaciones con sindicatos.
- Estructura organizacional.
- Información estadística:
 - Número de empleados
 - Puestos y departamentos
 - Antigüedad
 - Compensaciones y beneficios actuales
 - Índices de rotación
- Programas de beneficios a ejecutivos y empleados comparando contra los estándares de la región y la industria.
- Contratos existentes de prestación de servicios de personal, incluso con compañías afiliadas.

2.5 Due Diligence de Tecnología de Información (TI)

En adquisiciones relevantes, la evaluación de una adquisición o fusión procura incluir el Due Diligence de TI. Este aspecto interesa principalmente para: evaluar la confiabilidad/complejidad de los sistemas existentes para procesar y reportar la información y anticiparse a la integración de los sistemas propios, en caso de concretar la transacción.

Igual que en los otros tipos de Due Diligence antes descritos es recomendable que los aspectos de tecnología de la información sean evaluados por especialistas en el área, es decir, ingenieros de sistemas. Es recomendable cubrir, pero no limitados, a los siguientes aspectos:

- Tipos de software y hardware utilizado para el procesamiento de la información, redes de datos, reportes, compatibilidad con los del comprador o fusionante.
- Licencias de software; contratos de arrendamiento de hardware.
- Planes de respaldo y recuperación de bases de datos.
- Compromisos para ampliación o mejora de infraestructura de TI.

- Organización interna de la red TI y responsables de su funcionamiento/mantenimiento.

2.6 Due Diligence de Operaciones

Existen entidades de dimensión variada y conglomeradas, incluso de alcance internacional y que son muy activas en adquisiciones y fusiones; esta experiencia les ha dado indicio de que los aspectos operativos y estratégicos del negocio sujeto de adquisición, no deben ignorarse por ser importantes para el plan de integración post-adquisición o post-fusión, principalmente para lograr que se optimice la operación futura del negocio. Por lo tanto, practicar un Due Diligence operacional hace sentido para entender y diseñar acciones por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- Industria sensible a los cambios económicos.
- Productos sustitutos, mezcla de productos y de diferenciación.
- Canales de distribución y puntos de venta existentes.
- Mercado competitivo, barreras de entrada y amenazas.
- Propiedad intelectual, marcas y nombres.
- Investigación y desarrollo.
- Políticas de precios y precios controlados.
- Planes de publicidad y mercadeo.
- Procesos de producción y capacidad instalada.
- Sistemas de costeo.
- Suministro existentes y concentración de negocios/dependencia.
- Control de calidad.
- Fuerza de ventas.

Capítulo 3.- Áreas suplementarias del Due Diligence

En la práctica, la evaluación para la fusión o adquisición potencial de un negocio, o de sus activos netos, no necesariamente es sujeta de todos y cada uno de los tipos de Due Diligence descritos con anterioridad.

La profundidad con que se realicen los análisis de áreas y asuntos específicos, son decisión del comprador con base en sus prioridades; por lo tanto, el enfoque podría ser sobre aspectos financieros, fiscales y legales en su conjunto, o sobre cualquiera de estos en lo individual sin cubrirlos todos.

Por el contrario, en transacciones más complejas por su tamaño y alcance, existen temas que los accionistas compradores requieren indagar de manera suplementaria durante la fase de Due Diligence, por considerarlos de interés en el contexto de la estrategia de adquisición o fusión o simplemente porque se requieren para cumplir con regulaciones locales en ciertos países. Algunos de estos temas específicamente se refieren a: lavado de dinero y los actos de corrupción que se explican a continuación:

3.1 Aspectos de lavado de dinero

El lavado de dinero es el proceso mediante el cual algunas empresas ocultan el origen y aplicación de recursos generados a través de actividades ilícitas o criminales, por mencionar, tráfico de drogas, contrabando de armas, cohecho, peculado, evasión fiscal, extorsión, financiamiento al terrorismo y otras, con el fin de hacer que los fondos o activos obtenidos por medio de estos ilícitos parezcan ser legítimos para circular en el sistema financiero, ocultando su existencia a las entidades bancarias incluso al utilizarlos en bienes que no dejan rastro fiscal.

Los especialistas investigadores en este tema concentran su análisis, pero no lo limitan, a los siguientes aspectos de las entidades sujetas a adquisición o fusión:

1. Identificar en estados de cuenta bancarios, los montos de dinero depositados y transferidos que generen suspicacia o se duda de su procedencia.
2. Evaluar relaciones entre funcionarios, organizaciones e instituciones financieras, para detectar omisiones de información a las autoridades con respecto a las transacciones significativas de fondos.
3. Analizar transacciones y saldos con partes relacionadas, para identificar entidades legales utilizadas como “fachada” para llevar a cabo el lavado de dinero.
4. Analizar las adquisiciones de bienes para identificar partidas sin utilizar o sin relación aparente con la actividad de negocios preponderante; lo cual podría ser un indicio de que los recursos utilizados para la compra de tales bienes son de procedencia ilícita.
5. Analizar reportes de venta y exportación de bienes; es común que los individuos u organizaciones que lleven a cabo operaciones de lavado de dinero pongan a la venta exterior los activos adquiridos con recursos de procedencia ilícita, para complicar el proceso de rastreo.

3.2 Aspectos de corrupción

La corrupción¹ se entiende como la utilización indebida de una posición de “poder” para conseguir una ventaja ilegítima, no legal, generalmente discrecional y privada (no revelada). En general involucra grandes sumas de dinero y comienza con acciones aisladas que, al probar su efectividad, se repiten de forma continua en el tiempo hasta alcanzar mayores dimensiones.

Muchas organizaciones son susceptibles a las diferentes formas de actos de corrupción, entre los que se conocen: fraude, uso ilegítimo de información privilegiada, tráfico de influencias, patrocinios, sobornos, extorsiones, actos de “compadrazgo”.

En tiempos actuales, el ambiente de negocios se ve afectado (en hechos aislados) por actos de corrupción, los cuales, cuando se conocen, afectan en forma negativa la confianza del público inversionista, cliente, proveedores y empleados.

Un ejemplo claro de actos de corrupción que indirectamente es aplicable en México, podría ser todas aquellas entidades americanas que tengan subsidiarias en el extranjero (incluyendo México) que realizan actividades de corrupción o cualquiera de sus subsidiarias, ya que la Foreign Corrupt Practice Act (FCPA) prohíbe a las compañías de Estados Unidos o a cualquiera de sus subsidiarias, independientemente de dónde estén ubicadas sus operaciones y sus empleados, el propiciar directa o indirectamente el soborno a funcionarios públicos en el extranjero con el fin de beneficiarse de esta acción. Su incumplimiento puede ocasionar fuertes sanciones que van desde multas económicas, hasta la puesta bajo supervisión judicial o la orden judicial de liquidación.

El alcance de esta ley llega inclusive a las transacciones de compra-venta, ya que establece que el incumplimiento que la empresa adquirida haya cometido y sus consecuencias pueden ser trasladados a la empresa adquirente si no se realiza una revisión adecuada. Algunas situaciones de incumplimiento pueden ser descubiertas durante un Due Diligence especializado en FCPA. En la mayoría de los casos, estos incumplimientos son referidos a cláusulas en los acuerdos de fusión o adquisición, e influyen en el precio y en los términos de la transacción.

¹ Real Academia Española - En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole

Infracción: – Hasta US\$100,000 de multa penal y/o 5 años de prisión para individuos y US\$ 2 millones de multa penal para compañías. – Hasta US\$10,000 de pena civil para individuos y compañías. – Las multas impuestas a individuos no pueden ser pagadas por el empleador o mandante. – Es importante resaltar que directivos y empleados pueden ser sujetos de responsabilidad personal.

Capítulo 4.- Implicaciones fiscales sobre fusiones, escisiones y adquisiciones²

En este capítulo se contiene un resumen de los principales aspectos fiscales que deberán considerarse durante la adquisición de negociaciones o reestructuraciones que implique fusiones, escisiones u otro evento que pretenda modificar la estructura corporativa de una empresa o grupo de empresas.

Por lo que se refiere a la adquisición de negociaciones, ésta se realiza principalmente a través de la compra de activos o acciones; asimismo, es común que antes o después de la operación, se lleve a cabo alguna reestructura con el fin de adecuar a las compañías ya sea financiera o fiscalmente para su posterior adquisición, ejemplo de esto sería la utilización de atributos fiscales que pudieran perderse en caso de fusión.

Por su parte y en términos generales, la fusión consiste en una sucesión universal del activo, pasivo y capital de la sociedad fusionada a favor de la fusionante; se incorporan los socios de aquélla en ésta y generalmente se produce un aumento de capital en la sociedad que subsiste y la extinción de la sociedad fusionada.

Ahora bien, por lo que se refiere a la escisión, una sociedad escidente decide extinguirse y dividir su activo, pasivo y capital a otras sociedades de una nueva creación (escindidas); o bien, sin extinguirse las aporta a otra y otras sociedades de nueva creación.

En este sentido, detallaremos lo siguiente:

- Adquisición de activos y acciones.
- Seguridad social.
- Responsabilidad patronal en caso de sustitución patronal.
- Costo de transacción por el comprador.

² Análisis realizado por Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, Pricewaterhouse Coopers y el Instituto Tecnológico Autónomo de México

- Atributos fiscales.
- Deducción de los costos de transacción.
- Financiamiento de la adquisición.
- Consolidación fiscal.
- Repartición de utilidades.
- Fusiones.
- Escisión.
- Enajenación de acciones
- Due Diligence Fiscal
- Estructuración de la transacción.

4.1 Adquisición de activos y acciones

4.1.1 Adquisición de activos

Generalmente los adquirentes de negociaciones prefieren adquirir activos en lugar de acciones con el fin de obtener con mayor rapidez el rendimiento de su inversión, mediante la deducción del precio de venta, así como evitar heredar los riesgos fiscales en los que el vendedor pudiera haber incurrido durante el tiempo en que la administración estuvo a su cargo; tales como créditos determinados por las autoridades fiscales, juicios, revisiones en proceso, implementación de estructura agresivas, etc. Por el contrario, el vendedor podría preferir la venta de activos si esto se traduce en una menor carga fiscal, en la medida que el costo fiscal de los activos sea mayor al costo fiscal de las acciones.

En los casos en donde el valor de los activos sea menor al valor de las acciones, el vendedor podría preferir una venta de acciones con el fin de evitar el pago de Impuesto sobre la Renta (ISR) y de la Participación de los Trabajadores en las Utilidades (PTU) que derivaría por la ganancia en la venta de los activos. En estos casos el comprador que desee comprar activos deberá trabajar conjuntamente con el vendedor con el fin de asegurar que ambas partes obtengan los mejores beneficios en la operación.

4.1.2 Responsabilidad solidaria

De conformidad con el Código Fiscal de la Federación (CFF), son responsables solidarios los adquirentes de negociaciones respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda del valor de la misma.

En el caso de una adquisición de activos, ésta podría tipificarse como adquisición de negociación si la totalidad de sus recursos son traspasados a una nueva compañía y, como consecuencia, el vendedor se encuentra imposibilitado a continuar con la operación normal del negocio.

En este escenario, para que el comprador sea considerado responsable solidario, en principio, tendrían que materializarse los siguientes supuestos:

- Que las autoridades fiscales revisen o auditen a la compañía vendedora.
- Que se determinen créditos fiscales.
- Que las omisiones determinadas se relacionen con los activos adquiridos.
- Que el vendedor no cuente con activos o recursos para hacer frente a los créditos fiscales determinados.

Si bien las autoridades fiscales se encuentran facultadas para que en caso de una adquisición de activos, que se tipifique como adquisición de una negociación, el comprador se considere como responsable solidario de los posibles créditos fiscales originados durante la administración del vendedor; también debe tomarse en cuenta que deberán encadenarse una serie de eventos para que dichos créditos fiscales tengan que ser absorbidos por el comprador, ya que, en principio, el vendedor deberá demostrar que ha actuado de conformidad con las disposiciones fiscales y, en caso de desacuerdo con la autoridad, también existirá la posibilidad de defender su dicho ante los tribunales fiscales.

Por el contrario, en el caso de una adquisición de acciones, la nueva administración sería responsable directa de hacer frente a cualquier contingencia que pudiera desencadenarse como consecuencia de las operaciones realizadas por la administración anterior.

4.1.3 Consecuencias fiscales de la adquisición de activos

Determinación de precio de venta

El precio de adquisición pactado en una compra-venta de activos debe corresponder al valor de mercado de los mismos, lo anterior es relevante debido a que cualquier exceso del precio de venta sobre el valor de mercado se consideraría no deducible para efectos de ISR.

De acuerdo con lo anterior, es recomendable que la determinación del precio de venta se efectúe, activo por activo, con el fin de que su valor pueda deducirse o amortizarse para efectos del ISR, en la compañía que efectúe la adquisición. Es meramente recomendable la obtención de un avalúo de los activos para justificar su valor de mercado.

El vendedor considerará, para efectos de ISR, como ingreso acumulable. La ganancia que resulte en la venta de los activos, misma que se determina al restar del precio de venta el costo pendiente de deducir de los activos vendidos, actualizados por inflación. En caso de que el vendedor tenga pérdidas fiscales pendientes de amortizar, éstas podrán ser aplicadas contra la ganancia en la venta de activos, la diferencia pagará ISR a la tasa del 30%.

En el contrato correspondiente es importante tener un detalle de los activos a enajenar más un comprobante fiscal digital que contenga la descripción de los activos y el valor de cada uno de ellos, mismo que es un requisito indispensable para tomar de deducción de los activos adquiridos.

Activos fijos e intangibles

Para efectos del ISR, el comprador podrá efectuar la deducción y amortización de los activos fijos e intangibles que adquiera, de conformidad con las tasas establecidas por las disposiciones fiscales como sigue:

- 5% edificios y construcciones.
- 10% mobiliario y equipo de oficina.
- 30% equipo de cómputo.
- 25% automóviles hasta con un tope de MXN 130,000.
- 15% gastos diferidos, los cuales son activos intangibles representados por bienes o derechos que permitan reducir costos de operación, o mejorar la calidad o aceptación de un producto, por un período limitado, inferior a la duración de la actividad de la persona moral.

- 5% para cargos diferidos, los cuales reúnen las características de los gastos diferidos, pero cuyo beneficio sea por un período ilimitado que dependerá de la duración de la actividad de la persona moral.

4.2 Aspectos de seguridad social

Generalmente la adquisición de una compañía, ya sea a través de sus acciones o activos, incluye también el traspaso del personal que en ella labora a empresas de servicios a través de una sustitución patronal.

En términos generales, el principal propósito de la constitución de este tipo de compañías consiste en optimizar los costos operativos de una empresa, mediante una administración de los recursos humanos que permita, entre otras cosas, una evaluación por productividad y actuación.

La tendencia de diversos grupos de empresas en México ha sido la de constituir sus propias compañías de servicios, en la mayoría de los casos de común acuerdo con sus empleados y trabajadores. No obstante, lo anterior, puede existir casos en los que no sea posible la creación de dichas compañías debido a la oposición de los sindicatos.

4.2.1 Ventajas al constituir una empresa prestadora de servicios

Protección ante posibles conflictos laborales

Una de las bondades de una compañía de servicios es la de mantener los activos de la compañía operadora fuera de posibles conflictos laborales, lo cual, en su caso, permitiría no interrumpir las operaciones normales de la compañía operadora.

Determinación de la Participación de los Trabajadores de las Utilidades (PTU)³

Los ingresos de las compañías de servicios se determinarían con base en sus costos de operación, adicionados con un margen razonable de utilidad apegado a mercado.

Consecuentemente, el monto de la PTU sería del 10% de la utilidad generada para estos fines por la compañía prestadora de servicios, lo cual daría como resultado que la empresa tenga un esquema más justo de remuneración, basado en el trabajo individual del personal y su productividad.

³ Obligación proveniente de nuestra Carta Magna

Pago de PTU en operaciones extraordinarias

Con este esquema no se pagaría PTU por operaciones extraordinarias de la empresa como ganancias financieras o por venta de inmuebles; y se estaría en posibilidad de que en el futuro se pudiera establecer un nuevo marco de remuneraciones más justo, basado en la productividad o actuación de los empleados y no como en el caso de la PTU, que se reparte sin tomar en cuenta los factores mencionados.

Disminución de la prima de riesgo de trabajo

Como se mencionó, generalmente el personal de una compañía puede trasladarse a una compañía de servicios a través de la figura de sustitución patronal, misma que permite llevar a cabo el traspaso sin afectar ni a los empleados ni a las compañías operadoras, ya que de esta forma se evita el pago de indemnizaciones por despido al personal y se reconoce la antigüedad y demás derechos de los empleados.

En este sentido, cabe mencionar que en lo que respecta a la prima de grado de riesgo con la que se cotiza ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), la nueva compañía cotiza con la misma prima que venía cotizando en la compañía anterior, siempre y cuando no exista cambio de actividad.

Únicamente en el caso de que efectivamente se realice un cambio de actividad, la compañía será colocada en la prima media de su nueva clase, lo cual podría ser mayor o menor que la que se cotizó anteriormente.

Ahora bien, tratándose de una nueva empresa que inicie operaciones, ya sea por escisión o constitución, se tienen las siguientes opciones:

- Crear un registro patronal por cada una de las localidades, debiendo inscribir a sus trabajadores, generar una unidad de riesgo y cumplir sus obligaciones en materia informativa en cada localidad que les corresponda.
- Crear un registro único patronal, lo cual implicaría centralizar a todos los empleados foráneos en un solo registro, de tal forma que no se podrán disociar sus diversas actividades o grupos componentes para asignar su clasificación y prima diferentes a cada una; sin embargo, habrá que tener en cuenta si se llega a modificar la prima de grado de riesgo, aplicaría a todos los empleados y no solo a los de una localidad.

- Al elegir esta opción, generalmente se disminuye la carga administrativa, aunque no totalmente, ya que no se deja de llevar una administración para los movimientos, En principio, ésta no es la mejor alternativa, ya que continúa existiendo la carga administrativa y el riesgo se generaliza en todas las localidades.

4.2.2 Principales desventajas

Carga administrativa

La creación de una compañía de servicio representaría una carga administrativa adicional en materia de ciertos costos administrativos y obligaciones fiscales, incluyendo dentro de estas últimas y en algunos casos la de dictaminarse para efectos fiscales.

Riesgo en materia de PTU

Existen opiniones de abogados en el sentido de que para efectos de PTU, existe el riesgo de que los trabajadores pudieran impugnar que el ente económico lo constituye el grupo de empresas y no solamente aquella en la que legalmente están laborando.

Criterio no vinculativo de gastos de viaje

El artículo 27, fracción I de la Ley del ISR establece que las deducciones autorizadas en el Título II de dicha Ley deben ser estrictamente indispensables para los fines de la actividad del contribuyente. Asimismo, la fracción XII del artículo referido dispone, contrario sensu, que no serán deducibles los gastos de previsión social cuando las prestaciones correspondientes no se otorguen en forma general en beneficio de todos los trabajadores.

Por su parte, el artículo 28, fracción V de la Ley del ISR, indica que no serán deducibles los viáticos o gastos de viaje, en el país o en el extranjero, cuando no se destinen al hospedaje, alimentación, transporte, uso o goce temporal de automóviles y pago de kilometraje, de la persona beneficiaria del viático y que las personas a favor de las cuales se realice la erogación, deben tener relación de trabajo con el contribuyente en los términos del Capítulo I del Título V de dicha Ley o deben estar prestando servicios profesionales.

En ese sentido, no son erogaciones estrictamente indispensables aquéllas que se realizan cuando no exista relación laboral o prestación de servicios profesionales entre la persona a favor de la cual se realizan dichas erogaciones y el contribuyente que pretende efectuar su deducción, aun cuando tales erogaciones se encontraran destinadas a personal proporcionado por empresas terceras. Por lo anterior, se considera que realizan una práctica fiscal indebida los contribuyentes que celebren contratos con personas físicas o morales para la prestación de un servicio, y efectúen la deducción de los gastos de previsión social, los viáticos o gastos de viaje, en el país o en el extranjero, cuyos beneficiarios sean personas físicas contratadas por la prestadora de servicios o accionista de ésta.

4.3 Responsabilidad solidaria en caso de una sustitución patronal

De conformidad con la Ley del Seguro Social (LSS), en caso de una sustitución patronal, el sustituto será solidariamente responsable con el nuevo de las obligaciones derivadas de dicha Ley, nacidas antes de la fecha en que se avise a las autoridades del IMSS por escrito la sustitución, hasta por el término de seis meses, concluido el cual todas las responsabilidades serán atribuibles al nuevo patrón.

4.4 Costos de transacción para el comprador

4.4.1 Impuestos de traslado de dominio

Compra de acciones

No existen impuestos de traslado de dominio por la compra de acciones

Compra de activos

La venta de bienes inmuebles es sujeta a un impuesto local sobre adquisición de inmuebles. La tasa depende del estado donde se encuentre ubicado el inmueble y varía del 1% al 3%; si se incluyen gastos notariales y derechos de registro, las tasas expuestas podrían oscilar entre un 4% a 6% del valor del inmueble.

4.4.2 IVA

Compra de acciones

La adquisición de acciones se encuentra exenta de IVA

Compra de activos

En términos generales, el valor bruto contenido en la compra-venta de activos es sujeto al 16% de IVA, exceptuando al terreno que se encuentra exento de dicho impuesto.

El IVA que pague el comprador es acreditable contra el IVA que cobre posteriormente por la realización de sus actividades. De resultar mayor este IVA por la adquisición de activos, éste podrá solicitarse en devolución ante las autoridades fiscales o bien compensarse contra otros impuestos Federales de la compañía de que se trate.

Es importante destacar que en el caso de que el adquirente sea un residente en el extranjero, habría que analizar si dicha operación es sujeta a IVA, ya que podría otorgarse el tratamiento de exportación de bienes; sin embargo, en caso de que se deba pagar este impuesto para el residente en el extranjero, el IVA en cuestión se convertiría en un costo adicional para la entidad forense y por lo tanto la operación se vería encarecida.

Otro punto importante a destacar es que en el caso de que no se pueda valorar un activo intangible y se determine un goodwill (crédito mercantil), el mismo no podrá ser deducible para efectos del ISR, ni acreditable para efectos de IVA.

4.4.3 Activos fijos e inventarios en importación temporal

En el caso de operaciones de compra venta de mercancías ubicadas en territorio nacional, es posible que los activos fijos, insumos y mercancías, ubicados en las instalaciones de las compañías involucradas en la negociación, se encuentren importados temporalmente en territorio nacional al amparo de los beneficios otorgados por el Programa de la Industria Manufacturera, Maquiladora y de Servicios de Exportación (IMMEX).

Lo anterior es un programa de diferimiento de aranceles mediante el cual las compañías establecidas en territorio nacional pueden importar temporalmente bienes destinados a la elaboración, transformación o reparación de mercancías de procedencia extranjera para su exportación, o bien, para la prestación de servicios de exportación, diferimiento en el pago del Impuesto General de Importación (IGI), del IVA y, en su caso, cuotas compensatorias aplicables.

Derivado de lo anterior, aquellas compañías que se encuentran sujetas a negociación de compra venta, deben, en su caso, efectuar el cambio de régimen de temporal a definitivo de los activos fijos y mercancías que serán enajenados en territorio nacional, así como efectuar el pago de IGI, IVA y Derechos de Trámite Aduanero (DTA) que resulten aplicables antes del cierre de la operación.

Las compañías que efectúen dicho procedimiento, podrán aplicar los beneficios otorgados por los Programas de Promoción Sectorial (PROSEC) para la aplicación de tasas arancelarias preferenciales, independientemente del país de origen de las mercancías, logrando disminuir considerablemente el impacto generado por el pago de contribuciones e impuestos de comercio exterior⁴.

4.5 Atributos fiscales

Los atributos fiscales se conservan en la compañía en caso de adquisición de acciones, lo que le permitirá utilizarlos posteriormente. En caso de adquisición de activos, los atributos fiscales no son transferibles a la nueva compañía.

Es importante recordar que los atributos a los que nos referimos en el párrafo anterior son los siguientes:

Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN).- Agrupa las utilidades por las cuales las compañías ya pagaron impuesto y que serán susceptibles de ser repartidas sin la generación de un ISR adicional.

Cuenta de Capital de Aportación (CUCA).- Su saldo representa la posibilidad de una compañía de efectuar reducciones de capital libres de impuesto.

Pérdidas fiscales.- Son susceptibles de disminuirse de la utilidad fiscal de los 10 ejercicios siguientes hasta agotarla.

⁴ Existe la posibilidad de que las compañías con programa IMMEX, transfieran los activos fijos y mercancías sujetos a la operación de compra venta, por medio de operaciones de importación y exportación virtual aplicando una tasa de 0% de IVA en la enajenación, siempre que la entidad que recibe dichas mercancías cuente a su vez con un programa IMMEX autorizado

Cuando cambien los socios o accionistas que posean el control de una sociedad que tenga pérdidas fiscales de ejercicio anteriores pendientes de disminuir y la suma de sus ingresos en los tres últimos ejercicios hayan sido menores al monto actualizado de esas pérdidas al término del último ejercicio antes del cambio de socios o accionistas, dicha sociedad únicamente podrá disminuir las pérdidas contra las autoridades fiscales correspondientes a la explotación de los mismos giros en los que se produjeron dichas pérdidas. Para estos efectos, se considerarán los ingresos mostrados en los estados financieros correspondientes al período señalado, aprobados por la asamblea de accionistas.

Se considera que hay un cambio de accionistas o socios que posean el control de una sociedad, cuando cambian los tenedores, directa o indirectamente, de más del cincuenta por ciento de las acciones o partes sociales con derecho a voto de la sociedad de que se trate, en uno o más actos realizados dentro de un periodo de tres años. Lo anterior no aplica en los casos en que el cambio de socios o accionistas se presente como consecuencia de herencia, donación o con motivo de una restructura corporativa, fusión o escisión de sociedades que no se consideren enajenación de los términos del CFF, siempre que, en el caso de restructura, fusión o escisión, los socios o accionistas directos o indirectos que mantenían el control previo a dichos activos lo mantengan con posterioridad a los mismos.

4.6 Deducción de los costos de transacción

4.6.1 Deducciones corporativas

Los costos de las transacciones tales como el financiamiento, notarios, Due Diligence, abogados, entre otros, son deducibles para efectos fiscales. En el caso de compra de acciones, los costos pueden ser deducidos por la compañía que adquiere las acciones, lo que podría generar diversas dificultades para aprovechar en su totalidad, la deducción de los citados gastos, debido a que en la mayoría de los casos el vehículo de adquisición no cuenta con ingresos gravables.

Es importante que se evalúe la posibilidad de fusionar las compañías o bien implementar alguna estrategia que permita al vehículo de adquisición obtener ingresos contra los cuales pueda deducir los gastos de transacción efectuados.

Para efectos de ISR, los gastos a prorrata son no deducibles, por lo tanto, si los costos de transacción son incurridos por residentes en el extranjero y posteriormente se pretenden repercutir a la compañía mexicana a prorrata (con base en los activos, ingresos o cualquier otra medida), en caso de una revisión por parte de las autoridades fiscales, éstas podrían cuestionar su deducibilidad, lo que originaría impuestos adicionales, así como el pago de accesorios y multas.

4.7 Financiamiento de la adquisición

4.7.1 Deuda

Retención de ISR por pago de intereses al extranjero

En términos generales, los pagos de intereses que se efectúan a prestatarios situados en el extranjero son sujetos a retención.

La tasa de retención depende de la residencia fiscal del prestatario y si éste se trata de una institución financiera o de una compañía.

El impuesto se pagará mediante retención que se efectuará por la persona que realice los pagos de intereses, sin deducción alguna. Las tasas establecidas en nuestra legislación son las siguientes:

1. 10% por intereses pagados a bancos extranjeros registrados en México; sin embargo, a través de disposiciones transitorias, se establece que dicha tasa podrá disminuirse hasta el 4.9% en los casos en que los perceptores de los intereses sean los beneficiarios efectivos y sean residente de un país con el que México tenga celebrado un Tratado para evitar la doble imposición.
2. 15% a los intereses pagados a reaseguradoras.
3. 21% a los intereses pagados por la compra o financiamiento de maquinaria y equipo para la habilitación y avío o comercialización.
4. 35% para intereses de partes relacionadas y demás casos.

Ahora bien, considerando que los pagos en mención se realicen a personas con residencia fiscal con los que México tenga celebrado convenios para evitar la doble tributación en materia de ISR, las reglas de dichos convenios tienen preponderancia sobre las normas establecidas en nuestra legislación local, por lo que en los casos que dichos tratados establezcan tasas inferiores a las reflejadas en la ley doméstica, éstas podrán aplicarse directamente por el retenedor.

Es importante señalar que, para aplicar los beneficios contenidos en los tratados, es necesario que quien aplique dichos beneficios sea residente para efectos fiscales en el país de que se trate y se cumplan con las disposiciones establecidas en los convenios y de las demás disposiciones de procedimiento contenidas en la Ley del ISR.

Los contribuyentes que deseen acreditar su residencia fiscal en otro país con el que México tenga celebrado un tratado para evitar la doble imposición, podrán hacerlo mediante las certificaciones de residencia o de presentación de la declaración del último ejercicio de la contribución que corresponda al ISR, bajo el régimen aplicable a los residentes en el país de referencia.

En caso de que, al momento de acreditar su residencia no haya vencido el plazo para presentar la declaración del último ejercicio, se aceptará la certificación en la que conste que presentaron su declaración conforme al régimen aplicable a los residentes de dicho país por el penúltimo ejercicio.

Los certificados deberán estar expedidos por la autoridad hacendaria del país de que se trate y tendrán vigencia de un año de calendario en que se expidan.

Deducibilidad de los intereses

De conformidad con las disposiciones fiscales, serán deducibles los intereses por capitales tomados en préstamos, cuando éstos se hayan invertido en fines del negocio.

Los términos, plazos y tasas pactados, deberán estar sustentados por un estudio de precios de transferencia, el cual señale que los intereses pagados correspondan a los de mercado, de lo contrario su deducibilidad podría ser cuestionada por las autoridades fiscales mexicanas.

Asimismo, es necesario se efectúen las retenciones correspondientes y que se cumplan las obligaciones relacionadas con la prestación, cada año, de declaraciones informativas con respecto al préstamo y los intereses pagados.

Ajuste inflacionario

Las disposiciones fiscales señalan la obligación de reconocer los efectos de la inflación en la información fiscal del contribuyente.

Como resultado de lo anterior, al ajuste inflacionario podría ocasionar los siguientes efectos:

- Si la tasa de interés y la devaluación del peso mexicano con relación a la moneda en la que se encuentre denominado el préstamo son inferiores a la tasa de inflación, se origina una ganancia inflacionaria.
- Por el contrario, si la tasa de interés y la devaluación del peso mexicano con relación a la moneda en que se encuentre denominado el préstamo son superiores a la tasa de inflación, se originaría una pérdida inflacionaria.

En el caso señalado en el primer inciso, las empresas con préstamos no podrían deducir en su totalidad el gasto por intereses y las pérdidas cambiarias que se originen, por el contrario, en el caso señalado en el inciso b) se tendría que reconocer la pérdida inflacionaria respectiva.

Consecuentemente, es recomendable evaluar los efectos inflacionarios del préstamo para definir el costo fiscal de su mantenimiento.

Capitalización delgada o insuficiente

En términos generales, cuando las deudas de un contribuyente exceden tres veces su capital contable, no será deducible una parte de los intereses por los capitales tomados en préstamo de partes relacionadas residentes en el extranjero, en la proporción que dichas deudas excedan la citada relación.

El límite del triple del capital contable que determina el monto excedente de las deudas, podría ampliarse en los casos en que los contribuyentes comprueben que la actividad que realizan requiere en sí misma de mayor apalancamiento y obtengan resolución favorable por parte de las autoridades fiscales correspondientes relativa a la metodología utilizada en la determinación de los precios o montos de las contraprestaciones, en operaciones con partes relacionadas.

Reclasificación de intereses como dividendo

Tratándose de intereses que se deriven de créditos otorgados a personas morales o a establecimientos permanentes en el país de residentes en el extranjero, que sean partes relacionadas de la persona que paga el crédito, los contribuyentes considerarán que los intereses derivados de dichos créditos tendrán el tratamiento fiscal de dividendos cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- El deudor formule por escrito promesa incondicional de pago parcial o total del crédito recibido a una fecha determinable en cualquier momento por el acreedor.
- Los intereses no serán deducibles por no corresponder a los de mercado.
- Que en el caso de incumplimiento por el deudor, el acreedor tenga derecho a intervenir en la dirección o administración de la sociedad deudora.
- Los intereses que deba pagar el deudor estén condicionados a la obtención de utilidades o que su monto se fije con base en dichas utilidades.
- Los intereses que provengan de créditos respaldados, inclusive cuando se otorguen a través de una institución financiera residente en el país o en el extranjero.

Nuestra legislación considera que son créditos respaldados las operaciones por medio de las cuales una persona le proporciona efectivo, bienes o servicios a otra persona, quien a su vez le proporciona efectivo, directa o indirectamente, efectivo, bienes o servicios a la persona mencionada en primer lugar o a una parte relacionada de ésta. También se consideran créditos respaldados aquellas operaciones en las que una persona otorga financiamiento y el crédito está garantizado por efectivo, depósitos en efectivo, acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase de una parte relacionada o del mismo acreditado, en la medida en que esté garantizado de esta forma. Para estos efectos, se considera que el crédito también está garantizado cuando su otorgamiento se condicione a la celebración de uno o varios contratos que otorguen un derecho de opción a favor del acreditante o de una parte relacionada de éste, cuyo ejercicio dependa del incumplimiento parcial o total del pago del crédito o de sus accesorios a cargo del acreditado.

No se consideran créditos respaldados las operaciones en las que se otorgue financiamiento a una persona y el crédito esté garantizado por acciones o instrumentos de deuda de cualquier clase, propiedad del acreditado o de las partes relacionadas de éste que sean residentes en México, cuando el acreditante no pueda disponer legalmente de aquéllos, salvo en el caso en el que el acreditado incumpla con cualquiera de las obligaciones pactadas en el contrato de crédito respectivo.

4.8 Repatriación de utilidades

4.8.1 Dividendos

Las personas morales que distribuyan dividendos, deberán calcular el impuesto sobre los mismos aplicando la tasa del 30% al resultado de multiplicar el monto relativo por el factor de 1.4286.

No obstante, no se pagará el impuesto mencionado con anterioridad cuando los dividendos en cuestión provengan de la utilidad fiscal neta. Derivado de la Reforma Fiscal 2014, es importante señalar que las disposiciones fiscales establecen que el pagador de los dividendos deberá aplicar una retención adicional del 10% en el caso de accionistas personas físicas o residentes en el extranjero, por lo que el contribuyente deberá hacer dos cálculos distintos en cuanto a la determinación de dicho atributo fiscal.

Si bien es cierto que la retención anteriormente mencionada es del 10%, también lo es que la misma puede disminuir por la aplicación activa de los convenios para evitar la doble imposición según corresponda.

Durante 1999, 2000 y 2001 los contribuyentes podían optar por diferir parte del impuesto del ejercicio, mismo que se incluía en otra cuenta denominada Cuenta de Utilidad Fiscal Neta Reinvertida (CUFINRE). Cuando las utilidades distribuidas provengan de la CUFINRE, pagarán el ISR que se hubiera diferido, aplicando la tasa de 5% o 3% según corresponda al resultado de multiplicar las utilidades distribuidas por el factor de 1.5385.

El saldo de CUFIN sólo podrá disminuir una vez que se hubiera agotado el saldo de CUFINRE.

4.8.2 Reducción de capital

En el caso de una reducción de capital, no se pagará ISR cuando el reembolso por acción no exceda de la CUCA actualizada.

Adicionalmente, las personas morales que reduzcan su capital, considerarán dicha reducción como utilidad distribuida hasta por el monto que resulte de la diferencia entre el total del capital contable, el saldo de CUCA que se tenga a la fecha de reducción.

Es importante mencionar que los contribuyentes deberán enterar conjuntamente el impuesto que se determine en términos del párrafo primero y segundo anteriormente mencionados.

En cualquiera de los casos, las cuentas CUFIN y CUFINRE, pueden ser utilizadas para mitigar impuesto. En caso de que dichos saldos no sean suficientes, debe aplicarse una piramidación por el factor de 1.4286 y posterior a esto, multiplicar por la tasa general de ISR del 30% (tasa vigente).

4.9 Fusión de sociedades

La fusión de sociedades se considera un acto gravado para efectos del ISR, excepto cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Se presente aviso de fusión por la sociedad que surja o subsista. De conformidad con las disposiciones fiscales, este aviso se presentará dentro del mes siguiente a la fecha en que se lleve a cabo dicho acto y deberá contener la denominación o razón social de las sociedades que se fusionan y la fecha en que se realizó la fusión. Ahora bien, es importante mencionar que, de conformidad con las reglas de carácter general, con el fin de facilitar la presentación del citado aviso, se establece que el aviso de fusión de sociedades se tendrá por presentado cuando la sociedad fusionante presente los avisos de cancelación en el registro federal de contribuyente, con motivo de la fusión de sociedades, por cuenta de cada una de las sociedades fusionadas, así como la solicitud de inscripción al registro federal de contribuyentes de dicha sociedad fusionante, cuando ésta surja con motivo de la fusión.
- Que con posterioridad a la fusión, la sociedad fusionante continúe realizando las actividades que realizaban ésta y las sociedades fusionadas antes de la fusión, durante un período mínimo de un año inmediato posterior a la fecha en la que la misma surta efectos. Este requisito no será exigible cuando se reúnan los siguientes supuestos:
 - Cuando los ingresos de la actividad preponderante de la fusionada correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la fusión, deriven del arrendamiento de bienes que se utilicen en la misma actividad de la fusionante.
 - Cuando en el ejercicio inmediato anterior a la fusión, la fusionada haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionante, o esta última haya percibido más del 50% de sus ingresos de la fusionada.

- Que la sociedad que subsista o la que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas que en los términos establecidos por las leyes fiscales les correspondan a la sociedad o sociedades fusionadas, correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

En este sentido, la declaración en la que se determine el resultado fiscal del ejercicio o la utilidad gravable del mismo y el monto del impuesto correspondiente, deberá presentarse ante las oficinas autorizadas dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que termine dicho ejercicio y, en la misma, también se determinará el monto que corresponda a la PTU.

Por otro lado, en los casos en los que la fusión de sociedades forme parte de una reestructura corporativa, se deberá cumplir, además, con los siguientes requisitos:

1. Presentar un aviso ante las autoridades fiscales con anterioridad a la realización de la reestructura que comprenda el organigrama del grupo, con la tenencia accionaria y una descripción detallada de todos los pasos que se realizarán en la misma.
2. Que la realización de la reestructura esté soportada por motivos y razones de negocios y económicas válidas, sin que la principal motivación de la reestructura sea obtener un beneficio fiscal, en perjuicio del Fisco Federal.
3. Que presenten a las autoridades fiscales, dentro de los 30 días siguientes a que finalice la reestructura, los documentos con los que acrediten la realización de los actos comprendidos dentro de la citada reestructura.
4. Que las acciones que forman parte de la reestructuración no se enajenen a una persona, entidad o figura jurídica que no pertenezca a dicho grupo, dentro de los dos años posteriores a la fecha en que terminó la reestructura.

Pérdidas fiscales en fusión

En los casos de fusión, la sociedad fusionante sólo podrán disminuir su pérdida fiscal pendiente al momento de la fusión con cargo a la utilidad fiscal correspondientes a la explotación de los mismos giros en los que se produjo la pérdida.

4.10 Escisión de sociedades

La escisión se considera un acto gravado para efectos del ISR; sin embargo, puede considerarse exento si se cumple con lo siguiente:

- Los accionistas propietarios de por lo menos el 51% de las acciones con derecho a voto de la sociedad escidente y de la escindida deben ser los mismos durante el plazo que comprende el año inmediato anterior a la escisión y dos años a partir de la misma.
- Cuando desaparezca una sociedad con motivo de la escisión, la sociedad escidente debe designar a la sociedad que asuma la obligación de presentar las declaraciones de impuestos del ejercicio e informativas que le correspondan.

Por otro lado, en los casos en los que la escisión de sociedades forme parte de una reestructura corporativa, se deben cumplir con los requisitos señaladas en el apartado de fusión.

Pérdidas fiscales en escisión

En el caso de escisión de sociedades, las pérdidas fiscales pendientes de disminuirse de utilidades fiscales se deberán dividir entre las sociedades escidente y escindidas, en la proporción en que se divida la suma del valor total de los inventarios y de las cuentas por cobrar relacionadas con las actividades comerciales de la escidente cuando ésta realizaba preponderantemente dichas actividades, o de los activos fijos cuando la sociedad escidente realizaba preponderantemente otras actividades empresariales. Para determinar la proporción, se deberá excluir las inversiones en bienes inmuebles no afectos a la actividad preponderante.

Capítulo 5.- Precios de transferencia

Dentro de un Due Diligence fiscal es sumamente importante hablar de precios de transferencia, toda vez que tanto las disposiciones fiscales nacionales como internacionales siguen las reglas del principio de plena competencia que en pocas palabras es seguir los procedimientos para que las operaciones llevadas a cabo entre dos o más partes relacionadas se encuentren a valor de mercado, es decir como si se estuvieran realizando con un tercero independiente.

5.1 Operaciones sujetas a precios de transferencia

Si bien es cierto que la adquisición de compañías o fusión de las mismas, no se realiza generalmente con partes relacionadas, es sumamente importante que se analicen al momento de dicha adquisición o fusión, las operaciones que por su actividad cada una de las compañías realiza, toda vez que este tipo de transacciones se han vuelto sumamente relevantes en estos tiempos.

Recientemente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó los 15 reportes finales cuya finalidad es establecer un plan de acción para evitar y combatir estrategias que tienen por objeto la erosión de la base y traslado de utilidades (BEPS por sus siglas en inglés). Los reportes incluyen (i) cambios a las Guías de Precios de Transferencia, que tienen efecto casi inmediato; (ii) cambios al Convenio Modelo de la OCDE y sus Comentarios, así como (iii) propuestas para el diseño de legislación fiscal, que requerirán cambios legislativos en cada país.

Como respuesta inmediata, el Gobierno mexicano ha optado por implementar, entre otras cosas, la acción 13 BEPS, introduciendo declaraciones informativas relacionadas con precios de transferencia: i) País por país; ii) Maestra y iii) Local.

Las declaraciones informativas mencionadas darán mayor visibilidad a las autoridades de las operaciones celebradas entre partes relacionadas, en particular respecto de las compañías con pocas actividades, muchas utilidades y bajo nivel de gravamen.

Es importante mencionar que el estudio de precios de transferencia ya no es suficiente para verificar el principio de plena competencia, ya que la declaración informativa local, es firmada por el elaborador de dicha declaración bajo protesta de decir verdad.

El no presentar estas declaraciones conlleva a problemas bastante graves respecto a las operaciones cotidianas de las empresas mexicanas, ya que las infracciones incluyen:

- Pérdida de padrón de importadores
- No realizar operaciones o llevar a cabo ventas con ningún organismo gubernamental
- Multas económicas

Derivado de lo anterior, es importante que los inversores en una empresa mexicana, revisen a profundidad las transacciones que la compañía target realiza con sus partes relacionadas para evitar futuros créditos fiscales interpuestos por las autoridades fiscales mexicanas.

En términos generales, la Ley del ISR aplicable a nuestro país, contempla como operaciones susceptibles de ser verificadas a través del procedimiento del precio de transferencia las que a continuación se señalan:

- Las de financiamiento.
- Las de prestación de servicios.
- Las de uso, goce o enajenación de bienes tangibles.
- Las de explotación o transmisión de la propiedad de un bien intangible.
- La enajenación de acciones.

Por lo que respecta a cada una de ellas, es importante mencionar:

En cuanto a las operaciones de financiamiento y para efectos de los precios de transferencia, se deben tomar en cuenta el monto del crédito del principal, el plazo, las garantías, la solvencia del deudor y la tasa de interés. Estas operaciones deben a su vez llevarse a cabo entre partes relacionadas, ya se trate de personas morales residentes en el país o en el extranjero, personas físicas, establecimientos permanentes o Asociaciones en Participación en el país de residentes en el extranjero, así como las actividades realizadas a través de fideicomisos, si entre ellos se desprende un posible interés en los negocios de la otra o bien, existen intereses comunes entre ambas, o cuando un tercero tenga interés en el negocio o bien de aquélla.

En el caso de préstamos se debe tomar en cuenta en forma especial, el monto que representa la cantidad principal en la operación del contribuyente, en relación a su flujo de efectivo, el plazo concedido, las garantías otorgadas, la solvencia del deudor y la tasa de interés que impere en el lugar de residencia del acreedor o del deudor, entre otros.

Estos conceptos son de vital importancia para la configuración y la razonabilidad del criterio de acción por parte de la autoridad, puesto que en conjunto o analizados en forma aislada, deben ser congruentes con el comportamiento y economía de las empresas contratantes, por lo que por ejemplo, el interés pactado en el préstamo debe considerarse dentro de lo común y no alterarse ni disminuirse, provocando un menoscabo o en su caso, un beneficio más allá de aquél que en términos generales se ofrece en operaciones independientes entre partes contratantes.

Si hacemos referencia a la tasa de interés, ésta debe ubicarse en los límites de la que impera en el momento en el que se pactó el crédito y surgió la deuda, sin tomar en cuenta las transacciones que se desarrollen con o entre partes relacionadas y bajo condiciones contractuales similares, debiendo comentar que la autoridad podrá determinar ingresos acumulables o deducciones autorizadas, cuando se pacte a una tasa de interés menor a la que corresponda en el mercado o en su caso, cuando ésta sea mayor y afecte o no en forma considerable la liquidez de la empresa y ésta tenga que recurrir a la reducción de su capital o la disminución de sus actividades.

Sin embargo, no se debe olvidar que si el deudor refleja una precaria condición económica, que ponga en peligro su actividad y el préstamo a tasa castigada, esta situación se debe tomar en cuenta por la autoridad al configurar su criterio.

En cuanto a operaciones de financiamiento que involucren descuentos y siguiendo la misma pauta, cuando éstos sean superiores a lo normal en el mercado, es presumible que estemos ante el evento del precio de transferencia, a menos que se demuestre que los bienes han sufrido un demérito, que existieron circunstancias que determinaron la necesidad de enajenar en esas condiciones y finalmente, cuando se pruebe que el enajenante se afecta sensiblemente y que de no llevarse a cabo la operación se verá en serias dificultades de liquidez.

Por lo que se refiere a prestación de servicios entre personas morales, residentes en el país o en el extranjero, personas físicas, establecimientos permanentes o Asociaciones en Participación en el país de residentes en el extranjero, así como las actividades realizadas a través de fideicomisos si se encuentran relacionados entre ellos o terceros que tengan interés en los negocios o bienes de éstos, la autoridad podrá aplicar los principios de precios de transferencia, cuando se determinen montos distintos por servicios idénticos o similares, en transacciones independientes con o entre partes sin intereses relacionados o bajo condiciones similares.

Para este caso, se debe tomar en cuenta si el servicio involucra o no, una experiencia o conocimiento técnico o, si el precio es o no proporcional al beneficio obtenido.

Cabe señalar, aunado a lo anterior, que el servicio debe ir de acuerdo al giro del contribuyente, es decir tiene que existir una relación directa con la actividad mediante la cual genera ingresos y que, el honorario que se pague, deberá determinarse dentro de lo normal guardando proporción entre los ingresos y las deducciones autorizadas.

Por lo que respecta al uso, goce o enajenación de bienes intangibles entre entes relacionados, se aplica el principio de precio de transferencia cuando la renta o el precio sea distinto al que se hubiere cobrado, por el uso o goce o en el momento de enajenación de bienes tangibles idénticos o similares, durante el período de uso o goce en el momento de enajenación en transacciones independientes con o entre partes sin intereses relacionados y bajo condiciones idénticas o similares.

Para este supuesto de deben considerar el precio de adquisición, la inversión de propietario en el bien que se otorga en uso, el costo de mantenimiento, tipo del bien, condiciones del bien y todos aquellos elementos que permitan reflejar una operación que pretende o tiene el ánimo de trasladar las utilidades de una empresa a otra.

En caso de que se conceda la explotación o se transmita la propiedad de un bien intangible bajo operaciones entre empresas relacionadas, el precio de transferencia y sus lineamientos se tomarán en cuenta cuando la suma total de pagos o de las regalías cobradas en base a producción, ventas, utilidades u otras medidas, o el pago realizado por la concesión de licencia de patente o registros recíprocos, sean distintos al que se habría obtenido por la concesión de explotación o transmisión de bienes idénticos o similares, en transacciones independientes con o entre partes sin intereses relacionados y bajo condiciones idénticas o similares.

No se tomará en cuenta la suma total de pagos, sino el derecho o la propiedad que se hubiera adquirido sobre el bien intangible, si las partes comparten gastos y riesgos en el proyecto de desarrollo e investigación de ese bien. En este caso, sólo se debe considerar la parte que exceda al monto que se pagó para compartir el gasto o el riesgo en el desarrollo del proyecto.

De no existir transacciones similares que permitan considerar la coincidencia en la operación, la autoridad podrá comparar los precios corrientes en el mercado interior o exterior y en defecto de éstos, podrá llevar a cabo un avalúo, mismo que siempre ha sido objeto de crítica.

Es posible a su vez emplear un procedimiento diverso del anterior, mismo que consiste en aplicar los métodos que para estos efectos establecen las normas fiscales.

Asimismo, la autoridad deberá tomar en cuenta la posibilidad de que el bien pueda ser sustituido por otro que exista en el mercado, la exclusividad que se tenga sobre el bien o la duración de la licencia de patente o registro, el costo del proyecto de investigación y desarrollo del bien o los servicios prestados en la transmisión de éste y finalmente el precio cobrado por el servicio.

Por lo que corresponde a la enajenación de acciones, se deben considerar elementos para determinar el precio de transferencia tales como el capital contable actualizado de la emisora, el valor presente de la utilidades o flujos de efectivo proyectados a la cotización bursátil del último hecho del día de la enajenación de la emisora. Sin embargo, al igual que las operaciones anteriores, la enajenación de los títulos valor se debe llevar a cabo entre empresas relacionadas, en las cuales una parte enajena y la otra parte adquiere capital de una tercera persona jurídica.

En las operaciones enumeradas y descritas anteriormente y que son sobre las cuales la autoridad tiene la facultad de aplicar los procedimientos para configurar los precios de transferencia, se deberán tomar en cuenta además de los elementos pertinentes en cada una de éstas, todos aquellos que correspondan, aun cuando se trate de operaciones a título gratuito. Es decir, el precio de transferencia también se configura en actos gratuitos que reflejen una contraprestación. Sin embargo, la Ley del ISR que para efectos de interpretación en cuanto a los alcances de las operaciones sobre las cuales es viable la configuración de los precios de transferencia, es posible aplicar las Guías sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales⁵ o aquellos que la sustituyan.

⁵ Aprobados por el Consejo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico OCDE en 1995

Por último, es importante señalar que el precio de transferencia en estos actos, se conforma a través de imputar un ingreso acumulable a quien recibe un provecho o el beneficio de no llevar a cabo una erogación; esta erogación se efectúa por el ente que realiza el gasto en provecho de un tercero.

5.2 Métodos de precios de transferencia

Sin mayor ahondamiento, es necesario se conozcan en términos generales, cuales son los métodos de precios de transferencia permitidos por nuestra legislación local, ya que las autoridades fiscales únicamente permite que las entidades mexicanas apliquen éstos en relación con las transacciones que realicen con una o más partes relacionadas.

Como bien se indica, para efectos de determinar los precios de transferencia, la Ley del ISR en su artículo 180 señala 6 métodos que a continuación se señalan:

1. Método de precio comparable no controlado⁶, que consisten en considerar el precio o el monto de las contraprestaciones que se hubieren pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables.
2. Método de precio de reventa⁷, que consiste en determinar el precio de adquisición de un bien, de la prestación de un servicio o de la contraprestación de cualquier otra operación entre partes relacionadas, multiplicando el precio de reventa, o de la prestación del servicio o de la operación de que se trate por el resultado de disminuir de la unidad, el por ciento de utilidad bruta que hubiera sido pactado con o entre partes independientes en operaciones comparables. El por ciento de utilidad bruta se determina dividiendo la utilidad bruta entre las ventas netas.
3. Método de costo adicionado⁸, que consiste en determinar el precio de venta de un bien, de la prestación de un servicio o de la contraprestación de cualquier otra operación, entre partes relacionadas, multiplicando el costo del bien, del servicio o de la operación de que se trate por el resultado de sumar a la unidad el por ciento de utilidad bruta que hubiera sido pactada con o entre partes independientes en operaciones comparables. El por ciento de utilidad de calcula dividiendo la utilidad bruta ente el costo de ventas.

⁶ CUPM por sus siglas en inglés

⁷ RPM por sus siglas en inglés

⁸ ACM por sus siglas en inglés

4. Método de partición de utilidades⁹, que consiste en asignar la utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, en la proporción que hubiera sido asignada con o entre partes independientes conforme a lo siguiente:
 - a) Se determina la utilidad de operación global mediante la suma de la utilidad de operación obtenida por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación.
 - b) La utilidad de operación global se asigna a cada una de las personas relacionadas considerando elementos tales como activos, costos, gastos de cada una de las personas relacionadas, con respecto a las operaciones entre dichas partes relacionadas.
5. Método residual de partición de utilidades¹⁰, que consiste en asignar la utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, en la proporción que hubiera sido asignada con o entre partes independientes conforme a lo siguiente:
 - a) Se determina la utilidad de operación global mediante la suma de la utilidad de operación obtenida por cada una de las personas relacionadas involucradas en la operación.
 - b) La utilidad de operación global de operación se asignará de la siguiente manera:
 - Se determina la utilidad mínima que corresponda en su caso, a cada una de las partes relacionadas, mediante la aplicación de cualquiera de los métodos anteriores, sin tomar en cuenta la utilización de intangibles significativos.
 - Se determina la utilidad residual, la cual se obtiene disminuyendo la utilidad mínima a que se refiere el apartado anterior, de la utilidad de operación global. Esta utilidad residual se distribuye entre las partes relacionadas involucradas en la operación tomando en cuenta, entre otros elementos, los intangibles significativos utilizados por cada una de ellas, en la proporción en que hubiera sido distribuida con o entre partes independientes en operaciones comparables.

⁹ PPM por sus siglas en inglés

¹⁰ CPM por sus siglas en inglés

6. Método de márgenes transaccionales de utilidad de operación¹¹, que consiste en determinar en transacciones entre partes relacionadas, la utilidad de operación que hubieran obtenido empresas comparables o partes independientes en operaciones comparables, con base en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables tales como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo.

Sin tener más profundidad en este tema, otro punto importante a observar en un Due Diligence Fiscal es que las disposiciones fiscales mexicanas establecen claramente que los contribuyentes deberán aplicar en primer término el método previsto en el numeral 1, y sólo utilizar los métodos señalados en los demás numerales cuando el método mencionado en primer lugar no sea apropiado para determinar que las operaciones realizadas se encuentran a precios de mercado de acuerdo con las Guías de Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales.

Capítulo 6.- Convenios para evitar la doble tributación

En una reestructura, ya sea por enajenación de acciones, enajenación de activos, fusión o escisión de sociedades, es indispensable tener claro el tratamiento fiscal que el Target ha llevado a cabo en sus operaciones con entidades residentes en el extranjero, y en este sentido, entender si existen planeaciones fiscales agresivas al respecto.

Para lo anterior, es importante entender el concepto de un convenio para evitar la doble tributación y a partir de ello saber el alcance de los comentarios al modelo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

Con base en lo anterior, definiremos en primer término lo que un Tratado Internacional significa. En nuestra legislación encontramos que la Ley sobre la Celebración de Tratados establece que un tratado es el convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. En este sentido, nuestros legisladores han definido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos un Tratado Internacional como:

¹¹ TMOPM por sus siglas en inglés

Un convenio celebrado por escrito entre dos o más sujetos del derecho internacional, que busca generar efectos entre las partes y es regido por el ordenamiento jurídico internacional. Todo Tratado que celebre nuestro país, que cumpla con los requisitos mencionados, será un Tratado Internacional, independientemente de la denominación particular que reciba: Tratado, convenio, pacto, convención, acuerdo, compromiso, concordato, memoranda o protocolo. Los Tratados Internacionales, se han convertido en la principal fuente de obligaciones internacionales, en donde a través de una manifestación de la voluntad, los sujetos internacionales se vinculan a una normativa internacional determinada.

Atendiendo al derecho internacional y a lo que establece nuestra legislación, podemos afirmar que un convenio para evitar la doble imposición tiene su naturaleza en un tratado internacional y cuyo objetivo primordial es el evitar la doble imposición fiscal originada por la aplicación del derecho interno en materia tributaria entre los estados de que se trate.

En este orden de ideas, encontramos que un tratado internacional de esta naturaleza, encuentra su fundamento dentro de nuestra Carta Magna. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que ésta, las leyes del Congreso de la Unión y todos los tratados, celebrados y que se celebren, por el presidente de la república, serán la Ley Suprema de toda la Unión. En efecto, el Ejecutivo Federal celebra los tratados, y el Senado, en su caso, los aprueba o desaprueba.

Ahora, es necesario soportar y aclarar la jerarquía de los tratados con respecto a la legislación o leyes federales. Desde nuestra perspectiva, este debate ha sido ya aclarado por nuestro máximo órgano jurisdiccional, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, en el mes de febrero del año 2007 se emitió una tesis por dicho órgano jurisdiccional en la cual se establece claramente que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales, generales y locales.

Existe otra tesis aislada que data del año 1999 en el mismo sentido, es decir, confirma lo establecido por la tesis del año 2007.

Una vez definido el hecho de que los tratados para evitar la doble imposición fiscal encuentran su lugar dentro de la esfera jurídica en un rango superior a las leyes federales, es momento de comprender y analizar sobre qué bases se deben aplicar dichos tratados, es decir, qué medios de interpretación le son aplicables al caso en estudio.

Para efectos de lo anterior, está la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención, suscrita en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969, entrando en vigor el 27 de enero de 1980.

Sin pretender desarrollar la naturaleza de la Convención o su historia misma, creemos que es importante tener presente cuál es su objetivo general. Para empezar su objetivo principal fue y ha sido desde nuestra perspectiva, el establecer bases sobre el derecho internacional consuetudinario contemplando el desarrollo mismo en la celebración de tratados, logrando con ello una aclaración de las disposiciones contenidas en el tratado de que se trate.

El artículo 26 de la Convención establece que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". La misma Convención denominada Interpretación de los Tratados, establece una regla general de interpretación, así como medios de interpretación complementarios.

Los artículos 31 y 32 de la Convención, respectivamente, establecen la referida regla los medios complementarios.

Para mayor referencia, a continuación se transcriben los artículos 31 y 32:

31. Reglas de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del contexto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes

32. Medios de interpretación complementarios

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a la circunstancia de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado absurdo o irrazonable

Diversos autores en la materia han aceptado que el derecho de los tratados contempla tanto normas internacionales como internas. En orden de ideas, también se reconoce el hecho de que existe la necesidad de interpretar una disposición. Esto normalmente sucede cuando entre los Estados contratantes exista una opción diferente con respecto al tratado.

La Convención trata en gran medida, de aportar los elementos necesarios para poder solucionar este posible conflicto interpretativo a través de los artículos 31 y 32, al establecer que la interpretación debe ser de buena fe según su objeto y fin, tomado en cuenta además su contexto. Aclara que el contexto comprende tanto el preámbulo y anexos, así como los acuerdos e instrumentos que estén relacionados con el tratado sujeto a interpretación, incluyendo acuerdos y prácticas posteriores y normas del derecho internacional.

Finalmente, y no menos importante, es que los trabajos preparatorios y la circunstancia que llevó a celebrar el tratado se podrán también tomar en cuenta, para efectos de confirmar el sentido de aplicación del artículo 31, cuando la interpretación conduzca a una ambigüedad o aquélla sea oscura o se tenga un resultado absurdo o irrazonable. De la lectura de los referidos artículos, desde nuestra perspectiva, el artículo 31 es una sola norma que no puede aceptar una prelación en la aplicación de criterios; por lo mismo el artículo 32 complementa al referido artículo 31 y se encuentra en menor jerarquía que este último.

Hemos escrito hasta este momento lo que representa para México ser de la convención de la OCDE y lo que significa el modelo-convenio de la OCDE. Asimismo, hemos explicado sobre el concepto de un tratado internacional y su función en materia tributaria, así como el rol de la Convención en la interpretación de un convenio y por lo tanto en su respectiva aplicación.

Derivado de lo anterior, procederemos ahora a analizar las implicaciones con respecto a los comentarios al modelo-convenio.

6.1 Comentarios al Modelo-Convenio

Los comentarios al modelo-convenio deben formar parte del análisis e interpretación del tratado, incluso considerando lo dispuesto en dicho modelo y desde luego lo dispuesto por la Convención; sin embargo, observamos que los mismos no crean obligaciones para el contribuyente.

Existen opiniones con respecto a la necesidad de entender el alcance de los artículos 31 y 32 de la Convención con respecto al modelo-convenio y sus comentarios. Al respecto, debe partirse de la necesidad de conocer si los Estados Contratantes forman parte o no de la Convención de OCDE para entonces definir si efectivamente la Convención de Viena resulta aplicable o hasta qué punto el modelo-convenio y sus comentarios son los únicos aplicables.

Si bien es cierto que existe una inquietud con respecto a lo expresado en el párrafo anterior y aceptando que por lo mismo surgirá un debate en torno a ello, no podemos dejar de reconocer que estamos ante la presencia, en esencia de un tratado internacional por lo que consideramos que la Convención contempla dicho modelo y sus comentarios.

En este orden de ideas, Michael Lang y Florian Brugger en su documento denominado "The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation", consideran que el modelo-convenio y sus comentarios podrían calificar como medios complementarios de interpretación bajo el artículo 32 de la Convención. Continúan señalando, que si las negociaciones del tratado están basadas en el modelo-convenio, entonces dicho modelo y sus comentarios pueden dar guías para establecer el significado de las disposiciones del tratado. En consecuencia, el modelo-convenio y sus comentarios califican como medios complementarios de interpretación en la medida en que las disposiciones del tratado estén basadas en el modelo-convenio. Claramente, estos autores no dejan de reconocer que ante todo, estamos ante un tratado internacional.

Derivado de lo anteriormente expuesto, se puede confirmar el hecho de que los comentarios no constituyen una obligación, sino que son una guía y medios complementarios de interpretación.

6.2 Rol de los comentarios en la legislación fiscal de México y su impacto en reestructuras

La postura de las autoridades fiscales mexicanas es que para interpretar un tratado necesariamente se tiene que acudir a los comentarios del modelo-convenio, siempre y cuando los comentarios sean congruentes con las disposiciones de los tratados internacionales.

Como se concluyó con anterioridad, los comentarios no constituyen una obligación, pero si un medio de interpretación. Con base en ello, es criticable que a través de una regla contenida en la Resolución Miscelánea Fiscal mexicana, se trate de regular un hecho tan importante y trascendente como lo constituyen los comentarios al modelo-convenio. Consideramos, que este tipo de normas, si bien es correcto afirmar que aclaran su aplicación dentro de la legislación interna y desde luego la postura de México en torno a ello, también es un hecho que genera inseguridad jurídica, pues no debería existir una referencia a las mismas dentro de una resolución que no establece una obligación o carga adicional a los contribuyentes a las ya establecidas por las leyes fiscales.

La regla anteriormente mencionada sufrió una reforma importante en donde se establece que para la interpretación de los tratados en materia fiscal así como de los acuerdos de intercambio de información que México tenga en vigor, deberá definirse mediante la aplicación de los artículos 31, 32 y 33 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre organizaciones internacionales.

En ambos casos se considerará que actualizan el supuesto previsto en el artículo 31, párrafo 3 de la Convención de Viena, los acuerdos amistosos de carácter general sobre la interpretación o la aplicación del tratado de que se trate, celebrados por las autoridades competentes de los Estados contratantes.

Nuestros tribunales han expresado su postura en torno a la naturaleza de los comentarios al modelo-convenio, al emitir tesis aisladas en los años 2003 y 2009. Con base en estas tesis, queda más claro que si la resolución fiscal no crea obligaciones a los contribuyentes, puede también pensarse que lo contenido en dicha resolución en relación a los comentarios, es únicamente una orientación y guía para los contribuyentes.

De la lectura de las tesis antes mencionadas, se advierte claramente que el Tribunal Colegiado considera que los comentarios constituyen el mejor instrumento para aplicar adecuadamente y de manera uniforme las disposiciones de los convenios. Se desprende así, en virtud de que la elaboración del modelo-convenio fue realizado por los países miembros de la Convención de la OCDE.

Capítulo 7.- De los Contratos

Una parte fundamental en la adquisición de entidades es el tipo de contrato que debe celebrarse, dependiendo claro está, del tipo de negociación que se esté llevando a cabo, así como las intenciones monetarias que pretenda el adquirente al invertir en el negocio de que se trate. Derivado de lo anterior, se sugiere conocer en términos generales, los tipos de contratos que pueden elaborarse en la adquisición de una entidad o grupo de entidades.

7.1 Stock Purchase Agreement

El acuerdo que llevan a cabo las partes involucradas en una adquisición de acciones es comúnmente conocido como Stock Purchase Agreement por un acrónimo en inglés, por medio del cual tanto los representantes legales de la entidad Target como los representantes legales de la parte adquirente establecen las cláusulas necesarias para cerrar la transacción que quiere llevarse a cabo.

Dentro de las cláusulas más importantes que se reflejan un contrato de esta índole son las siguientes:

- a) Declaración de que ambas partes tienen la capacidad jurídica propia de llevar a cabo la transacción en cuestión
- b) Dirección y/o domicilio fiscal para recibir notificaciones de las partes involucradas
- c) Detalle de la transacción
- d) Cláusula en la que se manifiesta que la adquisición de la compañía Target se realizará mediante acciones
- e) Precio pactado entre las partes
- f) Forma de pago de las acciones que pretenden adquirirse
- g) Cláusulas aclaratorias para definir quién será responsable del pago de impuestos en caso de que se detonen en la transacción correspondiente
- h) Cláusula en donde, en su caso, se establece una reserva al precio (Escrow) dependiendo de las contingencias fiscales, legales y/o financieras que se hayan encontrado en la emisión de un reporte de Due Diligence (financiero, legal, fiscal, etc.) realizado por expertos.

Cabe señalar que el Stock Purchase Agreement debe de firmas por todas y cada una de las partes involucradas para que tenga validez ante terceros. La mayoría de las veces se eleva dicho acuerdo ante un ente para dar fe pública como lo es un notario o corredor público.

En caso de que por ciertas circunstancias se modifique el precio pactado, el mismo puede adicionarse en un Adéndum al contrato de que se trate sin que tenga efectos legales distintos.

Asimismo, es nuestro menester conocer el tratamiento legal y fiscal que se le otorga a la enajenación-adquisición de acciones, con la finalidad de demostrar a los enajenantes el impuesto que en su caso se detonaría.

7.2 Asset Purchase Agreement

Por otro lado, si la transacción pretende realizarse mediante la adquisición de activos, ésta se lleva a cabo mediante la firma de un contrato de compra-venta de activos denominado Asset Purchase Agreement por su acrónimo en inglés, por medio del cual los representante legales de las partes involucradas ejercen sus poderes de dominio para la compra-venta de activos.

Las cláusulas que se establecen en este tipo de acuerdos son muy similares a las establecidas en un Stock Purchase Agreement, salvo ciertas especificaciones que hacen que la transacción sea diferente.

Dentro de las cláusulas más importantes que se reflejan un contrato de esta índole son las siguientes:

- a) Declaración de que ambas partes tienen la capacidad jurídica propia de llevar a cabo la transacción en cuestión.
- b) Dirección y/o domicilio fiscal para recibir notificaciones de las partes involucradas.
- c) Lista de activos con las especificaciones necesarias.
- d) Cláusula en la que se manifiesta que la adquisición de la compañía Target se realizará mediante activos.
- e) Precio pactado entre las partes generalmente generan Impuesto al Valor Agregado (IVA).
- f) Forma de pago de los activos que pretenden adquirirse.
- g) Cláusulas aclaratorias para definir quién será responsable del pago de impuestos en caso de que se detonen en la transacción correspondiente.
- h) Cláusula en donde se manifiesta una valuación de los activos sujetos a la transacción, ya que en algunas ocasiones se traspasan activos intangibles que forzosamente tienen que ser valuados para evitar inconvenientes con la parte adquirente.

Como podemos observar en la compra de activos, el adquirente es responsable únicamente por los activos efectivamente comprados y en virtud de tratarse de una enajenación de bienes, el Impuesto al Valor Agregado es detonado a la tasa vigente del 16%. Es importante mencionar que pueden existir excepciones del pago de IVA dependiendo del tipo de activo que se esté enajenando.

No obstante lo anterior, el CFF establece claramente que en el caso de que el adquirente adquiera negociaciones, contrae los mismos derechos y obligaciones hasta el valor de lo que adquiere.

Para lo anterior, el artículo 26, fracción IV a la letra refleja:

“... Los adquirentes de negociaciones, respecto de las contribuciones que se hubieran causado en relación con las actividades realizadas en la negociación, cuando pertenecía a otra persona, sin que la responsabilidad exceda el valor de la misma”.

Ahora bien si el adquirente de dicha negociación, decide realizar una inversión mediante activos, es claro que si se adquiere la totalidad de dichos activos como un “todo”, el mismo adquirente tendrían las mismas obligaciones como si estuviera invirtiendo en acciones del negocio. Lo anterior, en virtud de que la compra de los activos intangibles, financieros y fijos es el motor de cualquier persona jurídica.

En el caso de compra-venta de activos, así como acciones, es recomendable establecer una reserva mejor conocida como Escrow en el Asset Purchase Agreement, en virtud de que si se adquieren la totalidad de los activos de una compañía o corporación, también se adquiere responsabilidad solidaria total por parte del adquirente. En términos generales la finalidad del Escrow no es más que mantener una parte de los fondos de la operación originalmente pactados derivado de las contingencias legales, financieras y fiscales que se pudieran detonar con posterioridad a la compra de las acciones o activos del Target.

Si bien es cierto que la emisión de un reporte de Due Diligence es indispensable para la toma de decisiones del inversionista, también lo es que debe emitirse como un resumen ejecutivo, en virtud de que los interesados en su estudio, no tiene el tiempo de verificar cada uno de los detalle que contiene.

Derivado de lo anterior, es importante manifestar la elaboración de un Due Diligence Fiscal, con la finalidad de ejemplificar el reporte que utilizarán los inversionistas para invertir o no en las compañías Target. Es importante recordar que las contingencias fiscales que se detecten tienen un valor sumamente importante ya que el precio pactado en el Stock Purchase Agreement puede modificarse o por otro lado, pueden generar la incorporación de una reserva en el precio.

Capítulo 8.- Del reporte de Due Diligence

Aunque no es una regla, la mayoría de los inversores en acciones o activos es de nacional extranjera, toda vez que éstos ven oportunidades en el mercado mexicano al ser un mercado emergente visto a nivel internacional, por lo que los reportes que se elaboran generalmente son realizados en el idioma inglés.

Por lo anteriormente expuesto, el reporte que a continuación se presenta, pretende ilustrar una elaboración real de un Due Diligence Fiscal, por lo cual se refleja en idioma inglés. Cabe recordar que las autoridades fiscales mexicanas en ningún momento pueden solicitar como soporte documental el Due Diligence Fiscal que un asesor elabore a un inversor, por lo que no es necesario que se traduzca al idioma español.

8.1 Antecedentes para la elaboración del Due Diligence

Target: Empresa de servicios de ciclo de vida de desarrollo de software a las empresas americanas en necesidad de una estrategia fiable y rentable de ampliar sus propios equipos de desarrollo. Lo que nos diferencia de otras empresas de outsourcing es nuestro modelo de entrega nearshore.

Timmy ofrece servicios en un modelo híbrido compuesto por una PMO con sede en EE.UU. y el desarrollo, las pruebas, los recursos de soporte basados en México. Nuestros consultores de entrega nearshore son empleados de Timmy, graduados de algunas de las más prestigiosas instituciones de educación superior, entrenados y certificados en sus respectivas disciplinas técnicas de México.

Adquirente: Empresa líder de servicios dedicada a la prestación de servicios alrededor del mundo entre los que destacan: servicios globales de negocio, servicios globales de tecnología, software, hardware y cloud services.

Enajenante: Grupo americano encargado de la tenencia accionaria de diversas entidades dedicadas a la prestación de servicios tecnológicos.

A principios del ejercicio 2011, la entidad Adquirente intentaba expandirse en otro tipo de servicios a nivel nacional e internacional, por lo que todos sus esfuerzos se enfocaron en la adquisición de la compañía Target anteriormente mencionada.

Con el objetivo de tener un mayor mercado internacional, la entidad Adquirente buscaba mercados distintos en donde hacer negocio preferentemente en el área de servicios de tecnología, por lo que en el ejercicio 2012 tuvo en la mira la adquisición de 2 de las entidades de Timmys en México.

En ese mismo ejercicio, el Enajenante llevó a cabo negociaciones con la empresa de telecomunicaciones, con la finalidad de tomar la mejor decisión para cada una de las partes involucradas. Para efectos de lo anterior, la

Adquirente solicitó el apoyo de uno de los asesores de negocios más importantes a nivel mundial, como lo es Patito, S.C. (PATITO).

Para estos efectos se acordó que la información sujeta a revisión no saliera de las instalaciones del Enajenante y del Target, ya que de lo contrario un nuevo asesor de negocios sería contratado.

Cabe señalar que derivado de la cantidad de información, se decidió crear un Data Room virtual para que PATITO pudiera realizar la revisión de la manera más eficiente y rápida, toda vez que la transacción quería finalizarse en un período no mayor a 6 meses a partir del acuerdo firmado entre las partes.

La información que PATITO solicitó para la revisión, incluyó lo siguiente:

- Dictámenes fiscales por el ejercicio fiscal 2012.
- Declaraciones anuales por el ejercicio fiscal 2012.
- Estados Financieros dictaminados por el ejercicio 2012.
- Papeles de trabajo que se utilizaron para la elaboración de los dictámenes y declaraciones por el ejercicio fiscal 2012.
- Determinación de IVA del ejercicio 2012.
- Balanzas de comprobación del ejercicio 2012.
- Estatus y copia de todos y cada uno de los juicios que Target tiene a la fecha.
- Cartas de asesores fiscales en donde se refleje alguna planeación y/o asesoría fiscal de un tema controversial para las autoridades fiscales.
- Muestra de nómina de 3 meses por el ejercicio sujeto a revisión.
- Papeles de trabajo de la determinación de las aportaciones de seguridad social patronales del ejercicio 2012.
- Determinación de PTU del ejercicio 2012.
- Relación de pagos al extranjero por cada uno de los ejercicios sujetos a revisión.
- Comprobante de pago de todos los impuestos y obligaciones fiscales.
- Prueba y documentación necesaria para validar las reestructuras realizadas por la compañía del ejercicio fiscal 2012.
- Declaraciones informativas de los ejercicios sujetos a revisión.
- Due Diligence realizados con anterioridad a la revisión de PATITO.
- Documentos necesarios para la revisión de todas las auditorías abiertas que ha recibido el Target en los ejercicios sujetos a revisión.
- Confirmaciones de criterio que haya recibido el Target.

- Explicación de la aplicación agresiva de disposiciones fiscales que no son claras en las disposiciones fiscales.
- Acceso ilimitado a las instalaciones del Target y del Enajenante.

Obtener la información anteriormente mencionada era de suma importancia, ya que los resultados que PATITO obtuvieran serían la base para que los inversionistas tomaran la decisión de adquirir el Target mediante acciones, activos o incluso proponer una fusión.

Los resultados obtenidos por PATITO fueron entregados en tiempo y forma, y se realizó una presentación para que los asesores en cuestión presentaran sus conclusiones antes el consejo de administración del Adquirente.

Las conclusiones presentadas fueron las siguientes (es importante mencionar que los resultados se reflejan en el idioma inglés en virtud de que el reporte es presentado directamente a la entidad Adquirente residente en el extranjero):

En virtud del reporte anteriormente expuesto, el inversor tomo la decisión de cancelar la compra de la compañía, no solo por lo que representaban los números grandes de las contingencias detectadas durante la elaboración del Due Diligence Fiscal, si no por lo que éstas significan.

En otras palabras, el esquema de remuneración a los empleados que venía haciendo la antigua administración de la entidad, es una práctica fiscal indebida desde hace ya algunos años y muy perseguida por las autoridades fiscales que incluso pueden llegar a tener repercusiones penales para los accionistas y representantes legales de la compañía.

Los inversores residentes en el extranjero, aun sabiendo que la responsabilidad solidaria para las contribuciones de seguridad social es de únicamente 6 meses, optan por buscar nuevos targets relacionados con la elaboración y distribución de software especializados, toda vez que conocen el problema al que se enfrentan.

Adicionalmente, dichos inversores hubieran tenido que lidiar con el sindicato de trabajadores ya que este último defendería la actual remuneración de los empleados para efectos de eludir las contribuciones y aportaciones correspondientes.

Derivado de lo anterior, podemos percatarnos claramente que, mediante el reporte ejecutivo de las condiciones fiscales de la compañía, los inversores extranjeros pudieron tomar la decisión más adecuada de acuerdo a su estrategia comercial, social y político-económica.

Por último, es importante mencionar que esto también sirve como antecedente para las enajenantes de que están incumpliendo con las disposiciones fiscales y de seguridad social que correspondan, y en este sentido, también lleguen a tomar decisiones respecto a dejar funcionando el esquema actual o esperar alguna auditoría por parte de las autoridades respectivas y sufrir las posibles consecuencias.

Glossary of terms

Periods

FY12	Full year ended on December 31, 2010
FY	Fiscal Year

Tax terms

CIT	Corporate Income Tax
EPS	Employee Profit Sharing
MITL	Mexican Income Tax Law
MVATL	Mexican Value Added Tax Law
MSSL	Mexican Social Security Law
TPS	Transfer Pricing Studies
VAT	Value Added Tax
SSC	Social Security Contributions
INFONAVIT	Mexican Worker Housing Found
RCV	Retirement contribution
IMSS	Social Security Institute
CUCA	Capital Contributions Account
CUFIN	Net Tax Profit Account

Entities

Timmy	Timmy, S.A. de C.V.
Famosa	Famosa, S.A. de C.V.

Others

USD	American Dollars
US	United States of America

Key findings - Taxation

Issue	Summary of observations
<p>Scope of limitations</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Our review was limited to apply specific procedures, regarding FY12. Among others, such procedures included: reading annual tax returns for FY12 related to Timmy and Famosa, and other significant tax information related to Mexican federal taxes (e.g. CIT, IETU, VAT, payroll and withholding taxes applied). • We are considering the following exchange rate: FY12 - 12.98. Appendix I refers to the historical tax position for FY12 of Timmy and USDP. In addition, appendix II shows a summary of the Mexican tax attributes. We have quantified the tax exposures considering the tax rate of each Federal or local tax which could be seen in appendix III. Recommendations are reflected in the supporting analysis section. • Please note that the following contingencies do not have to be paid immediately. These contingencies require a procedure for being detonated: i) Timmy and Famosa would have to be reviewed by the Mexican tax authorities; ii) The tax authorities would have to identify the contingencies; iii) A negotiation may be applicable with the authorities.
<p>Employees scheme</p>	<ul style="list-style-type: none"> • It is our understanding that Famosa did not have employees for FY12. However, the work force of the entity is performed by several shareholders who act as employees. Those shareholders receive a compensation every month for the services rendered in favor of Famosa. According to the information provided, Famosa withheld income tax related to such services, on time and reasonably. Notwithstanding, no social security contributions were paid since shareholders do not have the obligation to contribute them. In addition, we have been notified that Famosa's shareholders are the same people who render services as employees in Timmy. • In the event of a tax examination the authorities may not agree with the above mentioned scheme of compensation since they may argue that Famosa has implemented such scheme in order to avoid social security contributions. In addition, the authorities may determine that such shareholders must be treated as employees as well. It is important to mention that in past years these methods of compensation were penalized by the authorities. Based on the information provided by management, we estimated a SSC contingency of approximately of USD 825,062 and a payroll local tax contingency of approximately USD 59,154 for FY12. • In addition, the Mexican labor law establishes that all employees of a company, except management, participate in 10% of the company's adjusted profits (EPS). This is an obligatory payment and requires an actual distribution of that profit percentage, payable to employees no later than the end of May of the following year. Timmy and Famosa generated NOL's for FY12, therefore no EPS was determined by management.

Key findings - Taxation

Issue	Summary of observations
<p>Non- business expenses</p>	<ul style="list-style-type: none"> • According to the information provided, 4th Source has recorded expenses in its financial statements that are not related to its core business such as auditing fees (expenditure related to an external advisory which were not implemented). It is important to point out that Famosa considered such payments tax deductions. The expense recorded in the trial balance for FY12 amounts approximately USD 50,847. • The MITL establishes that taxpayers are entitled to deduct certain expenses as long as several requirements are met, one of the requirements is that expenses should be strictly indispensable for the operation of the entity. In this regard, Mexican Courts has considered that the term strictly indispensable refers to expenses that have to be paid to comply with the social object of an entity, which if expenses are not made the taxpayer's business activity may disappear. • The Mexican tax authorities may deny the above mentioned tax deductions applied by Timmy since they may argue that Timmy did not receive the services. Also, these rules are applicable to VAT in accordance with the MVATL. We estimated a CIT tax contingency of USD 15,254 for FY12. In addition, we estimated a VAT contingency of approximately USD 8,136 for the same FY.
<p>Loans to shareholders</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Based on the information provided by management, Famosa granted loans to a shareholder named Oscar Merino. Based on the trial balance provided, we can observe an amount of USD 27,125 as of December 2012. In addition, we could identify that Famosa did not charge any interest to Oscar Merino. • The Mexican tax authorities may argue that Famosa must charge interests to Oscar Merino since MITL states that transactions between related parties must comply with arm's length conditions. The authorities may determine the interest rate related to the loans granted by Target. If this occurs, the interests generated must be considered accrual income for CIT and VAT purposes. Due to the complexity of this issue we were not able to determine a tax exposure. • Furthermore, the Mexican provisions set forth that loans to shareholders must be considered deemed dividends if they are not used in the normal consequence of the entity's activity, whether they are hold for terms of more than a year or if the interest rate is lower than the rate established in Mexican provisions. In this regard, the Mexican authorities may consider said loans deemed dividends since any interest rate has been charged. We estimated a CIT contingency of approximately USD 8,138 for FY12.

Key findings - Taxation

Issue	Summary of observations
<p>Transactions with related parties</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Based on the information provided by management, Timmy and Famosa do not celebrate transaction with related parties. Notwithstanding, during our review we could observe that Famosa celebrated transactions regarding loans and fee payments to its shareholders. Moreover, we have been notified that Timmy has only one client which is a foreign related party resident in US for tax purposes. Neither Timmy nor Famosa have a TPS for FY12. Also, based on management comments, Timmy has never charged a mark up to its foreign related party derived from the development of its main activity. • Mexican tax provisions require that income and deductions generated through transactions with related parties must comply with the arm's length principle. The MITL grants to the tax authorities broad rights to adjust the taxable income and expenses derived from these transactions to enforce arm's length conditions. Taxpayers are also required to maintain documentation to support arm's length principle in order to deduct the expenses referable to transactions held with related parties. A TPS is required for transactions with foreign related parties whereas for domestic transactions is not a formal requirement by law. However, a TPS is considered as best practice to support the arm's length nature of the transactions between Mexican related parties. • In case Timmy and Famosa do not maintain the supporting documentation requested by the tax authorities, they would be entitled to adjust its taxable income and claim omitted taxes, plus penalties, surcharges and inflation adjustment. At the moment of our review we were not provided with any TPS of Timmy and Famosa for FY12, therefore we were not able to verify whether the transactions carried out comply with arm's length conditions.
<p>Tax attributes</p>	<ul style="list-style-type: none"> • As part of our revision, we have sought to identify the following tax attributes: <ul style="list-style-type: none"> – CUFIN: Based on the information provided, neither Timmy nor Famosa have CUFIN balances as of December 2012. – CUCA: According to the information provided, Timmy and Famosa maintain CUCA balances of approximately USD 524,100 and USD 373,900, respectively as of December 2012 – NOL's: Timmy and Famosa maintain NOL's balances of approximately USD 288,593 and USD 116,168, respectively as of December 2012. – After our review, we could observe that there are balances in favor regarding VAT. Timmy has a balance in favor of USD 125,085 while Famosa has a balance of USD 128,226, approximately.

Key findings - Taxation

Issue	Summary of observations
Anticipated tax deductions	<ul style="list-style-type: none"> • Timmy and USDP carried out leasehold improvements for FY12. During our review, we could identify that management of the companies decided to incorporate such improvements into the P&L. However, such kind of expenses must be recorded as assets since the companies shall take advantage of them during the following FY's. • The MITL states a particular chapter regarding such transactions. The chapter set forth that deferred expenses are intangible assets represented by goods or rights permitting decrease of operating costs or improving the quality or acceptance of a product, use, enjoyment or exploitation a good for a limited period of a duration lesser than that of the activity of the entity. The depreciation rate for this expenses is 15% per FY. • The Mexican authorities may argue that Timmy and USDP have been applying an anticipated tax deduction since they considered the total expense as tax deduction for FY12 instead of applying a tax depreciation to such payments. VAT rules are also applicable for this transactions, therefore creditable VAT shall be banned. For CIT, we estimated a contingency of USD 19,513 for Timmy and USD 38,627 for USDP. Also, we considered a VAT contingency of USD 10,407 and USD 20,601, respectively.
Omitted income	<ul style="list-style-type: none"> • We were informed that Timmy omitted income of approximately USD 183,590 for tax purposes in order to avoid the obligation to submit a statutory tax report for FY12. • In case of a tax review, the Mexican tax authorities may require omitted taxes plus penalties, surcharges and inflation adjustment. We estimated a CIT contingency of approximately USD 55,077.
Statute of limitations	<ul style="list-style-type: none"> • Tax authorities may examine and assess additional taxes for a FY at any time within the five-year period commencing on the earlier of: i) the day following the day the taxes were due, or ii) the day following the day the tax return was filed. This statute of limitations also applies to amended tax returns.
Tax compliance	<ul style="list-style-type: none"> • We verified that Timmy and Famosa have filed their corresponding annual tax returns for FY12. Additionally, we identified that the companies have complied with the monthly advance payments regarding Federal taxes for FY12. • Statutory tax reports have not been filed since Timmy and Famosa do not have the obligation to submitted them based on the revenues reported by management. • Neither Timmy nor Famosa have been subject to a tax examinations. In addition, none tax ruling has been interposed by local management of the companies. There is no litigations at this point.

Appendix I

CUCA

CUCA is the commonly used term for the tax account that accumulates the capital contributions effectively made by the shareholders. This account takes into consideration the impact of inflation and does not consider the capitalization of profits.

The opening balance of a CUCA must be restated for inflation each year and must be increased during the year by the amount of capital contributions effectively made by shareholders.

MITL allows shareholders of a Mexican company to receive a redemption payment in exchange for shares on a tax-free basis to the extent that the redemption payment does not exceed the shareholder's CUCA and CUFIN.

NOL's

The NOL of a FY results when authorized deductions exceed the year's taxable income. The MITL establishes that a taxpayer's NOL of a FY may be used to offset the taxable income of the following ten fiscal years until such losses are exhausted.

The amount of NOL's that may be used to offset taxable income in a particular year must be restated by inflation. NOL's of the surviving company will continue to exist after the merger.

It is important to note that when a taxpayer does not apply an available NOL's against taxable income in a given fiscal year in which it may do so, it loses the right to apply this amount of NOL's in subsequent years.

CUFIN

The CUFIN concept is similar to the earnings and profits concept under US tax principles in that it attempts to reflect the true economic earnings of a company that has already paid corporate income tax.

CUFIN (continue)

The starting point in determining the CUFIN of a company is the calculation of the tax profit for the year (UFIN). The tax profit is determined by reducing the taxable base for income tax purposes by an amount equal to the income tax due in the year in question, non-deductible expenses (other than provisions and reserves), and employee profit-sharing paid. The resulting CUFIN is then added to the accumulated CUFIN (restated for inflation) from previous years.

The total CUFIN is then increased by the amount of dividends received from related companies that are residents of Mexico and reduced by any dividends paid during the year.

The CUFIN concept is similar to the earnings and profits concept under US tax principles in that it attempts to reflect the true economic earnings of a company that has already paid corporate income tax.

The starting point in determining the CUFIN of a company is the calculation of the tax profit for the year (UFIN). The tax profit is determined by reducing the taxable base for income tax purposes by an amount equal to the income tax due in the year in question, non-deductible expenses (other than provisions and reserves), and employee profit-sharing paid. The resulting CUFIN is then added to the accumulated CUFIN (restated for inflation) from previous years. The total CUFIN is then increased by the amount of dividends received from related companies that are residents of Mexico and reduced by any dividends paid during the year.

The MITL provides that as long as the total amount of dividends being paid does not exceed the CUFIN balance, the dividends are distributed without incurring CIT.

Conclusión

Posterior al análisis efectuado en esta investigación de tesis, es indispensable llegar a una conclusión a este estudio.

Lo primero que debemos concluir es que el Due Diligence Fiscal es el análisis que se realiza en el contexto de una adquisición para que el comprador conozca la situación fiscal de la sociedad objetivo, así como los posibles riesgos y contingencias que podrían originar la materialización de alguna de las situaciones observadas durante dicho análisis.

Adicionalmente, permitirá incrementar el conocimiento de la empresa objetivo, sus fortalezas y debilidades y facilitará información acerca de asuntos fundamentales de la transacción claves para determinar la estrategia fiscal para su posible o potencial adquisición.

Segundo, es importante mencionar que dependiendo del tipo de industria y la forma en que se pretenda realizar la adquisición (activos o acciones), deberá determinarse el enfoque de la revisión de Due Diligence Fiscal, mismo que puede abarcar las áreas de seguro social, comercio exterior, precios de transferencia, contribuciones locales e impuesto federales.

Por último, podríamos resumir en los siguientes puntos, los objetivos que deberá cumplir la elaboración de un Due Diligence Fiscal para la toma de decisiones del inversionista:

- Optimización en el pago de los impuestos que deriven de la adquisición de activos o acciones.
- Reducir, limitar o eliminar los riesgos que deriven por concepto de responsabilidad solidaria.
- Contemple los posibles efectos fiscales que resultarían en caso de una posterior desinversión, o bien, de la repatriación de capitales.
- Ayudar al inversionista a la toma de decisiones de continuar con la inversión planeada o buscar nuevas oportunidades de inversión.

Podemos concluir con claridad que, la elaboración de un Due Diligence Fiscal, no es una herramienta adicional a uno Legal o Financiero, sino que es una parte fundamental para la toma de decisiones del inversionista ya que ayuda a tener un importante panorama de la situación fiscal de la entidad a adquirir y, en este sentido, culminar con la adquisición como se tenía planeada.

Referencias

Ley del Impuesto sobre la Renta 2016. Diario Oficial de la Federación, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2015.

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Diario Oficial de la Federación, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2015.

Código Fiscal de la Federación. Diario Oficial de la Federación, última reforma publicada el 18 de noviembre de 2015.

Fusiones y Adquisiciones en México: Teoría y Práctica Gerencia. IMEF, Sylvia Meljem, Hipólito Ponce, Yaneli Cruz.

Enajenación de acciones 2015. ISEF, Antonio Luna Guerra.

La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición internacional. THEMIS, Alejandro Calderón Aguilera.

Precios de Transferencia sus efectos fiscales 2015. ISEF, Herbert Bettinger Barrios.

Fusiones y Escisiones de Sociedades. LA LEY, Juan Calvo Vérguez.

Base Erosion Profit Shifting. www.oecd.org