

# Controversias de precios de transferencia y Soft-Law post-BEPS: la compleja gestión intragrupo de los intangibles de marketing

**José Manuel Calderón Carrero**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.*

*Universidad de A Coruña (España)*

[jose.calderon@udc.es](mailto:jose.calderon@udc.es) | <https://orcid.org/0000-0001-7973-2869>

## Extracto

Este artículo analiza una reciente resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) que revisa una regularización de precios de transferencia de una sociedad matriz de un grupo asegurador cotizado español en relación con su impuesto sobre sociedades. La resolución del TEAC, que confirmó la regularización fiscal, pone de manifiesto cuestiones interesantes sobre la actual práctica española de aplicación de los precios de transferencia, en particular en relación con el enfoque adoptado por la Administración tributaria sobre el tratamiento fiscal de los intangibles de marketing por parte de las empresas multinacionales (MNE) en un contexto post-BEPS.

El estudio también incluye unas primeras reflexiones sobre la funcionalidad y alcance de las denominadas *DEMPE functions* que fueron incorporadas en el año 2017 a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, integrando en el capítulo VI de las mismas («Intangibles») significativos cambios y elementos conectados con el principio de creación de valor, en línea con los objetivos del proyecto OCDE/G20 BEPS 1.0 (2012-2015).

**Palabras clave:** precios de transferencia; proyecto BEPS; intangibles; marcas; operaciones vinculadas; impuesto sobre sociedades.

Recibido: 12-04-2023 / Aceptado: 08-05-2023 / Publicado (en avance *online*): 16-06-2023

**Cómo citar:** Calderón Carrero, J. M. (2023). Controversias de precios de transferencia y Soft-Law post-BEPS: la compleja gestión intragrupo de los intangibles de marketing. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 484, 25-52. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.18803>



# Transfer pricing controversies and post-BEPS Soft-Law: the complex management of marketing intangibles by MNEs

José Manuel Calderón Carrero

## Abstract

This article analyzes a recent ruling of the Central Economic-Administrative Court (TEAC) reviewing a transfer pricing regularization of a parent company of a Spanish listed insurance group in relation to its Corporate Income Tax. The TEAC's ruling, which upheld the tax adjustment, highlights interesting issues on current Spanish transfer pricing practice, particularly in relation to the approach adopted by the tax administration on the tax treatment of marketing intangibles by Multinational Enterprises (MNEs) in a post-BEPS context.

The article also includes some first reflections on the functionality and scope of the so-called «DEMPE functions» that were incorporated in 2017 to the OECD Transfer Pricing Guidelines; the new chapter VI of the referred Guidelines dedicated to Intangibles, included significant changes and elements connected to the value creation principle, in line with the objectives pursued by the OECD/G20 BEPS 1.0 Project (2012-2015).

**Keywords:** Transfer Pricing; BEPS project; intangibles; trademarks; related transactions; corporate income tax.

Received: 12-04-2023 / Accepted: 08-05-2023 / Published (online preview): 16-06-2023

**Citation:** Calderón Carrero, J. M. (2023). Controversias de precios de transferencia y Soft-Law post-BEPS: la compleja gestión intragrupo de los intangibles de marketing. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 484, 25-52. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2023.18803>



## Sumario

1. Consideraciones previas
2. Análisis de la resolución del TEAC en relación con la regularización por la cesión (implícita) del uso de la marca por parte de la matriz española a otras entidades del grupo
3. Algunas consideraciones adicionales sobre la resolución del TEAC que regulariza la cesión implícita de la marca por parte de la matriz española a sus filiales y establecimientos permanentes
4. *¿Quo vadis DEMPE functions?* Una aproximación a las denominadas «funciones DEMPE» incorporadas en 2017 a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia

Referencias bibliográficas

**Nota:** Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el FEDER, bajo el título «El futuro de la imposición sobre la renta: estudio de las tendencias internacionales en materia de imposición societaria y de las personas físicas» (PID2021-128546NB-I00).

## 1. Consideraciones previas

En este artículo analizamos la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 24 de octubre de 2022 (RG 3631/2020) que revisa, entre otras cuestiones, una regularización de precios de transferencia de una sociedad matriz de un grupo asegurador cotizado español en relación con su impuesto sobre sociedades (ejercicios 2013-2016). La resolución del TEAC que confirmó la regularización fiscal pone de manifiesto cuestiones interesantes sobre la actual práctica española de aplicación de los precios de transferencia, en particular en relación con el enfoque adoptado por la Administración tributaria sobre el tratamiento fiscal de los intangibles de marketing por parte de las empresas multinacionales (MNE) en un contexto post-BEPS.

En dicha regularización, la Administración tributaria española, de acuerdo con un informe de la Oficina de Fiscalidad Internacional (ONFI), imputó un pago (ficticio) de cánones a la sociedad matriz por cesión implícita a sus filiales del derecho de uso de las marcas cuyo propietario jurídico era la referida matriz. El contribuyente rechazó dicha regularización de precios de transferencia e interpuso el recurso administrativo (preceptivo) de revisión de dicha liquidación ante el TEAC; el contribuyente, a través del correspondiente recurso, impugnó tanto la propia cesión o asignación del canon como la metodología de valoración aplicada para determinar el valor de mercado de los cánones asignados utilizando la normativa interna de precios de transferencia, poniendo de manifiesto defectos técnicos que afectaban a la valoración y, en particular, que la gestión de los intangibles se realizaba de forma descentralizada de manera que las filiales contribuían a la creación y desarrollo del intangible de marca.

El caso aborda cuestiones de precios de transferencia de gran relevancia práctica (periodos de gracia para el pago de cánones durante el desarrollo inicial de un mercado, o la posibilidad de suspender el pago de un canon debido a la situación de pérdidas recurrentes de un licenciatario) y aspectos de gran trascendencia técnica (*i. e.*, la aplicación retroactiva de las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE post-BEPS, incluyendo el principio de creación de valor en relación con las *DEMPE functions rules*, la relevancia fiscal de las contribuciones de las filiales al desarrollo de los intangibles del grupo de MNE, cuestiones sobre la carga y valor de la prueba en materia de precios de transferencia, etc.) y revela, en buena medida, cuál es el enfoque actual que estaría aplicando la Administración tributaria española a la hora de interpretar las normativa doméstica a la luz de las Directrices OCDE de precios de transferencia post-BEPS, particularmente en un área de especial relevancia para las MNE como es la cadena de valor funcional de los intangibles de marketing.

La citada Resolución del TEAC de 24 de octubre de 2022 también aborda otras cuestiones que poseen gran relevancia práctica, a saber: a) la no deducibilidad de retribuciones satisfechas a consejeros ejecutivos por incumplimiento de requisitos establecidos por la legislación mercantil (reserva estatutaria y principio certeza); b) la calificación fiscal como «intereses» en España de los «Juros sobre el capital propio» brasileños, en el marco del convenio de doble imposición (CDI) España-Brasil (1974), a pesar de haber sido calificados como «dividendos» por el Tribunal Supremo (TS) y la Audiencia Nacional (AN) a los efectos del artículo 21 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre sociedades (TRLIS), y c) el tratamiento de determinados servicios prestados por entidades que forman parte del grupo fiscal español a favor de establecimientos permanentes en el extranjero, en el sentido de requerir una remuneración de mercado, más allá de la imputación de costes.

El TEAC básicamente confirmó la regularización tributaria realizada por la Inspección de los tributos, rechazando las alegaciones formuladas por el contribuyente frente a la liquidación.

La cuestión que consideramos más interesante, teniendo en cuenta la temática y novedoso enfoque adoptado, es la tratada en los considerandos octavo a décimo segundo de la referida resolución del TEAC (la regularización en materia de precios de transferencia) y, por ello, limitamos nuestro estudio a analizar este aspecto del pronunciamiento económico-administrativo.

Más allá del análisis de esta resolución bajo el principio de la sana crítica, este trabajo incluye unas primeras reflexiones sobre la funcionalidad y alcance de las denominadas *DEMPE functions* que fueron incorporadas en el año 2017 a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, integrando en el capítulo VI de las mismas («Intangibles») significativos cambios y elementos conectados con el principio de creación de valor, en línea con los objetivos del proyecto OCDE/G20 BEPS 1.0 (2012-2015).

En último análisis, las denominadas «funciones DEMPE», al igual que el principio de *value creation*, no constituyen panacea alguna a efectos de ordenar la imputación del beneficio residual derivado de la explotación de activos intangibles en el marco de estructuras empresariales complejas donde las distintas entidades de un grupo realizan funciones significativas relacionadas con la cadena de valor funcional de los intangibles. Ahora bien, parece claro que su incorporación a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017, en línea con los objetivos del proyecto BEPS 1.0, no resulta inocua, sino que posee cierta relevancia práctica, por más que sea difícilmente parametrizable y su toma en consideración deba realizarse con mucha cautela, evitando enfoques mecánicos desconectados de los hechos, circunstancias y cadena de valor del grupo MNE en su conjunto.

Este estudio, por tanto, analiza una regularización y controversia de precios de transferencia que afecta a una matriz española de un grupo multinacional, de suerte que el caso objeto de estudio, a nuestro juicio, permite visualizar las principales coordenadas y debates que se plantean en la hora actual en este contexto, considerando la nueva guía post-BEPS de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, y los desafíos que resultan tanto para

la Administración a efectos de la actividad de inspección, como para la función fiscal de las grandes empresas en relación con la compleja gestión intragrupo de los intangibles de marketing en el marco de un sistema fiscal internacional en transformación.

## 2. Análisis de la resolución del TEAC en relación con la regularización por la cesión (implícita) del uso de la marca por parte de la matriz española a otras entidades del grupo

Básicamente, la regularización cuestionada consiste en la aplicación de la normativa de precios de transferencia en relación con la cesión de uso de la marca comercial y logotipo del grupo por parte de su titular jurídico (la matriz del grupo asegurador español) a favor del resto de entidades filiales del mismo grupo. Tal cesión del uso de la marca/logotipo grupo no estaba contractualizada o reconocida documentalmente (documentación de precios de transferencia), ni, por tanto, determinaba la percepción de un canon por parte de la matriz.

La Inspección consideró que existía una operación vinculada que tenía que valorarse a mercado e imputarse el correspondiente canon a la matriz.

El contribuyente se opuso a tal regularización, cuestionando tanto la existencia de la transacción de cesión de marca, como el propio informe de valoración elaborado por la ONFI, que sirvió de base para la determinación del canon de mercado objeto de la imputación a la matriz española.

Al punto exponemos de forma sintética las principales posiciones y argumentos utilizados por el TEAC en relación con estas dos cuestiones.

En relación con la existencia o no de la cesión del uso de la marca, el TEAC se pronunció básicamente en los siguientes términos:

- La marca comercial y logotipo del grupo son utilizados por las entidades del grupo (filiales domésticas y extranjeras, y establecimientos permanentes) a los efectos de la realización de su actividad económica y tal utilización posee valor comercial en el sector (seguros), sin que pueda considerarse que tal intangible constituya el único o principal factor para el desarrollo del negocio del grupo.
- Como prueba del valor comercial de la marca se hace referencia a una serie de evidencias: a) valoraciones de la marca por entidades especializadas en la materia (*Best Spanish Brands*)<sup>1</sup>; b) importantes gastos de publicidad y propaganda

---

<sup>1</sup> Existen precedentes (sentencia del *Income Tax Appellate Tribunal*, de India en el caso *Hyundai*, de 27 de abril de 2017) donde se ha planteado la existencia de un servicio intragrupo implícito de *brand building*

que están conectados con la marca comercial y que son soportados por la matriz; c) dos departamentos de la matriz (imagen y responsabilidad social corporativa) figuran en el *masterfile* del grupo con funciones de contribución al desarrollo de la marca, dada su conexión con la generación de confianza en los clientes del sector asegurador, y d) articulación de un plan de marca global que fue puesto en marcha por el grupo para homogeneizar contenidos y acciones de marketing por parte de todas las entidades integradas en el mismo.

- La utilización de la marca genera beneficios a las filiales en una serie de países donde la marca posee reconocimiento internacional<sup>2</sup>.
- Se rechaza, por falta de prueba suficiente, que las entidades del grupo que utilizan la marca sean «propietarias económicas» del intangible al realizar actividades (asunción costes publicidad y marketing) que contribuyen a su desarrollo, y en tal sentido no procede imputación de canon por la matriz<sup>3</sup>.

En relación con la valoración de la marca a los efectos de la fijación del canon, el TEAC se pronunció básicamente en los siguientes términos:

- El TEAC parte de la premisa fijada por la Inspección de los tributos en el sentido de que se ha producido una cesión (*de facto*) de un intangible marcario que posee valor y reporta un beneficio para los cesionarios (filiales del grupo).
- La valoración del canon se realiza de acuerdo con un Informe de la ONFI, que se construye sobre «métodos de valoración alternativos»; en particular, aplican los métodos del *Royalty Relief* (el canon se calcula básicamente a partir de un descuento de flujos de caja futuros), y el *Excess Earnings Method* (el canon se calcula a partir del beneficio del negocio asegurador que proporcionalmente trae causa de la

---

por las filiales de un grupo MNE a favor de su matriz, como consecuencia de la revalorización de la marca a nivel internacional determinada por un índice elaborado por una entidad especializada en la elaboración de rankings de valoración de marcas a nivel internacional (*Interbrand*). El caso *Hyundai* revela que tales regularizaciones basadas en *rankings* internacionales de valoración de marcas carecen de fundamentación técnica suficiente a estos efectos (*vid.*: Calderón, 2017, pp. 33-54).

<sup>2</sup> La Inspección de los tributos hizo referencia, sin aportar detalles, a una regularización anterior que fue «confirmada» por el TEAC, en relación con un caso similar relativo a la aplicación de la normativa de precios de transferencia a la cesión de marca por parte de una matriz española de un grupo asegurador (Resolución del TEAC de 7 de junio de 2018, RG 5049/2016).

<sup>3</sup> En concreto, el TEAC afirma lo siguiente:

[...] De lo anterior resulta que no ha quedado probado que las distintas entidades del grupo, realizasen aportaciones o contribuciones directas que determinasen que, efectivamente, la propiedad económica de la marca debiera ser compartida. Por lo tanto, este TEAC debe considerar, dado los elementos de prueba existentes, que la propiedad tanto jurídica como económica de la marca corresponde a la entidad XZ España.

explotación de la marca, como una suerte de tasa de contribución de la marca al beneficio operativo); la utilización de estos métodos alternativos se justificó argumentando que no podían aplicarse los «métodos principales» recogidos en la Ley del impuesto sobre sociedades –LIS– (arts. 16 TRLIS y 18 LIS), al no existir o no haberse puesto de manifiesto comparables (internos/externos) que se considerasen válidos, a partir de los *benchmarking* realizados por la propia ONFI utilizando la base de datos *Royalty Stat*<sup>4</sup>. El TEAC validó este enfoque y metodología valorativa desarrollada por la Inspección-ONFI, con apoyo en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017 (post-BEPS)<sup>5</sup>, rechazando las tachas de defectos

<sup>4</sup> La aplicación de los métodos de valoración alternativos está prevista en la LIS –Ley 27/2014, de 27 de noviembre– (art. 18.4 *in fine*), aplicable a partir de 2015. La utilización de estos métodos alternativos (técnicas de valoración generalmente aceptadas que respeten el principio de plena competencia) a que se refiere el artículo 18.4 de la LIS, a efectos de la práctica de regularizaciones de precios de transferencia en ejercicios donde no resultaba de aplicación la LIS de 2014 plantea dudas de legalidad; puede mencionarse el precedente en este respecto derivado de la Sentencia del TS 293/2017, de 21 de febrero (rec. núm. 2970/2017) caso *Citresca-Cadbury Schweppes*, donde el Alto Tribunal se pronunció en sentido negativo en un caso similar.

<sup>5</sup> Resulta «llamativa» la aplicación retroactiva de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017 a ejercicios precedentes (FY. 2013-2016), particularmente en relación con una materia como es la del tratamiento de las operaciones intragrupo referidas a cesiones o transferencia de intangibles, donde la nueva guía OCDE de precios de transferencia post-BEPS introdujo cambios sustantivos de alcance que en su caso deberían tener efectos prospectivos. A nuestro juicio, la aplicación de la nueva guía OCDE de precios de transferencia post-BEPS (2017-2022), en la medida en que introduce cambios sustantivos respecto de la guía precedente en materia de intangibles, no debería ser utilizada, como regla, con carácter retroactivo, y también podría ser necesario que el legislador español se pronunciara sobre su aplicabilidad a los efectos de la legislación española de operaciones vinculadas, tal y como ha acontecido en otros países europeos como Alemania. La jurisprudencia del TS en la materia evidencia cómo los principios de legalidad y seguridad jurídica no permiten utilizar el *Soft-law* OCDE ni retroactivamente (cuando supera el umbral de clarificación), ni como una seudoregulación tributaria (Sentencias del TS de 3 de marzo de 2020 [rec. núm. 5448/2018] en el caso *Stryker*; de 23 de septiembre de 2020 [rec. núm. 1996/2019] en el caso *Colgate*, y de 24 de junio de 2022 [rec. núm. 5441/2020] sobre el caso *Nintendo*). Es cierto, sin embargo, que la LIS cuando regula el régimen de operaciones vinculadas, apenas delimita su alcance y en gran medida constituye una «norma en blanco» en muchos aspectos, contemplando una remisión implícita a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (véase la exposición de motivos de la LIS y nuestros comentarios en: Calderón, 2016). Pensamos, por tanto, que la remisión que hace el artículo 18 de la LIS a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, a efectos meramente interpretativos, sin regular de forma completa los detalles y marco aplicativo del principio de plena competencia plantea serias dudas de compatibilidad con los principios de legalidad tributaria y seguridad jurídica (arts. 9.3 y 31.3 Constitución). Igualmente, la aplicación retroactiva de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017 plantea serias dudas de compatibilidad con el principio de seguridad jurídica, en particular allí donde tal *Soft-law* comprende cambios materiales, como acontece en relación con la ordenación de métodos alternativos de valoración y la toma en consideración de las *DEMPE functions* que se han incorporado al capítulo VI de las referidas Directrices de 2017, tal y como reconoce el propio TEAC (considerando décimo primero. Normativa aplicable: «El cuerpo normativo contenido en las Directrices citadas ha sido refrendado y reforzado por la versión de 2017, incorporando nuevas pautas a tener en cuenta en la valoración de los activos intangibles»). En este mismo sentido, cabe destacar una sentencia de 2021 dictada por la Corte belga

metodológicos esgrimidas por el contribuyente (arbitrariedad valorativa) frente a tal valoración del canon<sup>6</sup>. Sorprendentemente, no consta que el TEAC analizara o cuestionara el hecho de que la Administración partiera, a efectos de la aplicación de los referidos «métodos de valoración alternativos», de la valoración de la marca del grupo que había sido calculada por una entidad independiente (consultora) especializada en valoración de marcas corporativas; tal eventual falta de revisión (o justificación) de la metodología empleada por esta consultora independiente, resulta llamativa y, a nuestro juicio, carecería de suficiente respaldo técnico, no siendo una práctica ortodoxa, planteando por ello dudas sobre su legalidad. En este sentido, cuesta entender cómo la Administración puede adoptar un enfoque de comparabilidad estricto a la hora de analizar los comparables externos en el marco del *benchmarking* y, al mismo tiempo, valide a estos efectos la valoración de la marca del grupo asegurador español realizada por una consultora independiente sin entrar a revisar (y justificar motivadamente) la metodología empleada a tal efecto. Pensamos que tal enfoque asimétrico en el manejo de elementos valorativos externos debería justificarse debidamente tanto por la Inspección como por el TEAC.

- La aplicación de tales «métodos alternativos» determinó un canon promedio sobre las primas del 0,49 % (2013) al 0,53 % (2016).
- El canon imputado a la matriz del grupo español se aplica únicamente sobre las entidades localizadas en los países/mercados en lo que hay una mayor evidencia en cuanto a la utilidad obtenida por los cesionarios por el uso de la marca, considerando a tal efecto y de forma indirecta la rentabilidad que producen las operaciones de la explotación sobre el volumen de las primas.
- A efectos de reforzar la metodología y salir al paso a la tacha de enfoque no bilateral esgrimida por el contribuyente, el TEAC destacó como el informe ONFI reconoce la validez de situaciones donde no resulta necesario imputar canon alguno como periodos de carencia en fases de desarrollo de un mercado, y suspensión del *royalty* por pérdidas operativas durante un periodo razonable (hasta tres años) que no obedezcan a situaciones desconectadas de una ordenada gestión empresarial por parte del licenciatario. Ni que decir tiene que el reconocimiento de estas situaciones (periodo de carencia por desarrollo mercado y suspensión del *royalty* por pérdidas recurrentes) por parte de la ONFI y el propio TEAC tiene sentido técnico y posee gran relevancia práctica.
- Frente a la alegación del contribuyente referida a la inconsistencia del análisis funcional separado del análisis valorativo, y la propia ausencia de un análisis de

---

de Apelación (*Ghent*), que declaró que las *DEMPE functions rules* introducidas en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017 no podían ser aplicadas retroactivamente por las autoridades fiscales en relación con operaciones intragrupo realizadas en ejercicios precedentes (Michel, 2023).

<sup>6</sup> Se indica que la aplicación de estos otros métodos ya fue admitida por el TEAC en sus resoluciones: RG 617/2019 y RG 608/2012.

las «funciones DEMPE» que requiere ponderar la contribución de valor a la creación, desarrollo, mantenimiento y protección del intangible por parte de todas las entidades del grupo, el TEAC confirmó la posición de la Inspección y la ONFI en el sentido de que el contribuyente no respondió a algunos de los requerimientos de información y documentación cursados, de manera que no pudo realizarse tales análisis (*DEMPE functions*). Por el contrario, se consideró que la Administración sí había realizado un correcto análisis de las características de la marca cedida y de las referidas *DEMPE functions*.

- La circunstancia, derivada del *masterfile* y otra documentación aportada, que evidenciaba una política de gestión de la marca altamente descentralizada, donde la matriz fijaba líneas generales y las filiales (*no low-risk*) poseían alto nivel de autonomía para elegir proveedores de servicios de publicidad y fijar el nivel de inversión en publicidad y marketing (aunque no se indica si se trata de marketing de producto o de marca comercial), no se consideró inconsistente con la aplicación de los nuevos principios derivados de las Directrices de Precios de Transferencia OCDE (2017) en materia de intangibles. Así, el hecho de que el propietario jurídico de la marca desempeñara un papel central en relación con la política de publicidad y marketing (y desarrollo de la marca a nivel global) y los mayores costes de publicidad, marketing y patrocinio (incluyendo política de responsabilidad social corporativa) estuvieran localizados en España, sin que se hubieran acreditado suficientemente *DEMPE functions* que determinaran contribuciones de valor al intangible marcario por parte de las filiales (que no operaban como entidades de riesgo limitado) permitió a la Administración y al TEAC rechazar el argumento del contribuyente basado en la significativa contribución de las referidas filiales al desarrollo de la marca (de suerte que tal contribución de valor podría reducir o excluir el canon). Con todo, no puede dejar de señalarse la, cuando menos aparente, inconsistencia técnica que parece resultar de la respuesta dada por el TEAC frente a las alegaciones del contribuyente relativas a la falta de toma en consideración del modelo de desarrollo del valor de las marcas del grupo, teniendo en cuenta algunas consideraciones recogidas en el propio informe de valoración de la ONFI, que utiliza la inspección y el propio TEAC, cuando indica que el análisis de activos, funciones y riesgos de las distintas entidades del grupo, en relación con los procesos de creación de valor de las marcas, no arrojan conclusiones claras, a pesar de que sí pueda establecerse que la matriz desarrolló una función de coordinación<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> En concreto, el TEAC afirma lo siguiente (considerando décimo segundo. Segunda: análisis de comparabilidad, a efectos de la valoración del canon marcario; este punto también se toca en el considerando noveno al hilo del punto 4 («Propietaria de la Marca») a efectos de determinar la existencia de una transacción de cesión de la marca a las filiales y establecimientos permanentes):

[...] el análisis de las funciones realizadas por cada entidad del grupo no resulta concluyente como elemento determinante de la participación relativa de cada sociedad en la creación de valor, pero sí se columbra el ejercicio de una función de coordinación por parte de la sociedad matriz que no debe despreciarse.

- El TEAC también rechazó otras tachas de inconsistencias técnicas puestas de manifiesto por el contribuyente y recogidas en la valoración de la ONFI: a) utilización del CAPM (*Capital Asset Pricing Model*) en lugar del WACC (coste medio de capital) a efectos de la tasa de descuento; b) existencia de «comparable interno» recogido en un precedente del TEAC, y c) la relevancia a efectos de la valoración del canon de la discusión sobre la vida útil definida/indefinida de la marca.

El TEAC termina concluyendo que tanto el procedimiento como la metodología valorativa utilizada resultaban consistentes, considerando los razonamientos recogidos en la liquidación tributaria con base en el informe de la ONFI, sin que el contribuyente hubiera logrado acreditar la arbitrariedad de la valoración de la marca a los efectos de la fijación de la cuantía del canon o hubiera formulado alegaciones que desvirtuaran la fiabilidad de los resultados obtenidos dentro del margen de discrecionalidad inherente a estos procedimientos.

### **3. Algunas consideraciones adicionales sobre la resolución del TEAC que regulariza la cesión implícita de la marca por parte de la matriz española a sus filiales y establecimientos permanentes**

Como venimos indicando, estamos, a nuestro juicio, ante un precedente del TEAC que posee gran relevancia práctica y que permite visualizar los actuales enfoques de aplicación de la normativa de precios de transferencia que estaría desarrollando la Administración tributaria española en el marco de procedimientos de inspección de matrices españolas de grupos multinacionales, aplicando ya los principios y la guía post-BEPS en la materia (precios de transferencia) no solo prospectivamente sino también con carácter retroactivo (v. gr., *DEMPE functions*).

La resolución del TEAC igualmente pone de relieve la relevancia crítica que posee la documentación de precios de transferencia a los efectos de la defensa de posiciones del contribuyente frente a «inspecciones de alcance» en materia de precios de transferencia; tanto los aspectos formales (contratos, documentación, etc.) como los elementos fácticos que afectan a las transacciones intragrupo resultan claves de cara a sustanciar posiciones consistentes en materia de creación de valor y *profit allocation* a nivel de grupo; el caso evidencia también cómo, en ocasiones, las vías o procedimientos domésticos de recurso (cuando menos en vía administrativa) frente a estas regularizaciones lejos de servir para debilitar los fundamentos

---

En este contexto, un aspecto determinante para cuantificar el grado de contribución de la sociedad propietaria de la marca es el importe de los activos aportados al mantenimiento de valor del intangible, aspecto que en el caso de intangibles como las marcas está fuertemente correlacionado con la inversión en publicidad.

En este sentido, el grupo informa en el Master File que el desarrollo de la imagen corporativa de XZ se articula fundamentalmente a través de dos pilares: la publicidad y el patrocinio [...].

de tales liquidaciones terminan reforzando las posiciones que fundamentan la regularización; ello puede aconsejar la utilización de mecanismos internacionales de resolución de controversias de precios de transferencia.

Esta regularización de precios de transferencia, confirmada de forma clara por el TEAC, evidencia cómo el nuevo marco post-BEPS en materia de precios de transferencia (Directrices OCDE de Precios Transferencia 2017-2022) posee gran complejidad técnica y su aplicación práctica normalmente estará sujeta a apreciaciones fácticas de corte muy subjetivo por parte de las autoridades fiscales y los propios tribunales, de manera que el resultado de las inspecciones puede ser muy incierto, con todo lo que ello conlleva de cara a la gestión de riesgos fiscales por parte de las MNE. En cierta medida podría considerarse que la regularización refleja una utilización instrumental de las «funciones DEMPE» que trasciende o va más allá de su funcionalidad original (véase el epígrafe 4 a este respecto).

Estas comprobaciones de precios de transferencia bajo enfoques *forensic ex post* plantean a los contribuyentes serios problemas de gestión operativa y defensa, dado que en muchos casos será difícil recabar retrospectivamente pruebas sobre la realidad fáctica y el «FAR» (*functions, assets & risks*) efectivo que las distintas entidades del grupo MNE llevaban a cabo durante los ejercicios comprobados<sup>8</sup>.

Cabe señalar que la regularización tributaria comentada no puede calificarse como un caso exótico, considerando cómo las autoridades fiscales de otros países europeos como Alemania han cuestionado la no facturación por parte de matrices de grupos MNE de la cesión implícita del uso de las marcas de servicios que utilizan las filiales en el extranjero. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* alemán (BFH) de los últimos años revela cómo las autoridades fiscales alemanas han realizado ajustes de precios de transferencia a las matrices alemanas por no facturar la marca comercial a sus filiales allí donde hacían uso de esta en su actividad empresarial en el extranjero<sup>9</sup>. El referido tribunal alemán (BFH), no obstante, ha limitado la validez de tales ajustes exigiendo que se verificara o acreditara el valor comercial intrínseco de la marca y la capacidad para incrementar el desarrollo del mercado y potencial de ventas por parte del licenciataria (*benefit test*).

En este sentido, carecemos de información suficiente para valorar con rigor determinados aspectos centrales de la regularización tributaria que valida el TEAC, toda vez que desconocemos los detalles del expediente administrativo y, por tanto, del sustrato fáctico del caso, más allá de lo que aparece expuesto o descrito en la referida resolución comentada.

<sup>8</sup> Los nuevos enfoques desarrollados en materia de inspecciones de precios de transferencia que se están empezando a poner en práctica en un contexto post-BEPS aconsejan revisar no solo las posiciones fiscales materiales sobre la aplicación del principio de plena competencia sino también la propia estrategia en materia de elaboración de la documentación de precios de transferencia y la gestión de las medidas preventivas y de resolución de las controversias de precios de transferencia. *Vid.*: Wood y Bubb (2023).

<sup>9</sup> *Vid.*: Andree *et al.* (2016, pp. 513 y ss.).

No obstante, el relato fáctico que contiene la resolución del TEAC que estamos comentando pone de relieve, a nuestro modesto entender, que las autoridades fiscales no llegaron a determinar con suficiente claridad la cadena de generación de valor funcional de las marcas del grupo español. La regularización tributaria termina adoptando, siempre a nuestro juicio, un enfoque excesivamente unilateral, de suerte que un caso de esta naturaleza y alcance posiblemente requeriría de un análisis holístico, multilateral e internacional de la estructura del grupo, que considerara en particular el papel funcional que desempeñan las diferentes entidades con relación a la creación, desarrollo, mantenimiento, protección y explotación de los intangibles de marketing. A su vez, no puede desconectarse este análisis del propio resultado de la política de precios de transferencia del grupo MNE, en la medida en que la matriz podría ya estar siendo remunerada por su papel principal en términos de desarrollo de *DEMPE functions* a través de la propia atribución de la mayor parte del beneficio residual del grupo.

Ciertamente, tales análisis de cadena de valor multilaterales –que tanto propician las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017, particularmente su capítulo VI («Intangibles»)– solo pueden articularse a través de mecanismos de asistencia administrativa mutua como intercambio de información rogado<sup>10</sup>, controles fiscales simultáneos o *Joint Audits*.

Asimismo, la utilización de mecanismos cooperativos internacionales, como el ICAP de la OCDE/FTA<sup>11</sup> o el ETACA<sup>12</sup> de la Unión Europea, o los propios BAPA-MAPA<sup>13</sup>, pueden ser-

<sup>10</sup> La jurisprudencia de los tribunales españoles, cuando menos en los últimos tiempos, viene modulando la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba que le corresponde en determinados casos al contribuyente tomando en cuenta la existencia de mecanismos de asistencia administrativa mutua en materia tributaria a disposición de las autoridades fiscales. De esta forma, en casos donde el contribuyente realiza un esfuerzo probatorio suficiente en términos de diligencia debida, se ha establecido que la Administración no puede exigir una prueba de tal calibre que no resulte factible para el contribuyente por ejemplo por no tener el control de los hechos o de la documentación solicitada; a este respecto, se ha declarado que el principio de facilidad probatoria no puede determinar una inversión de la carga de la prueba si la Administración tiene la posibilidad de obtener información a través de las cláusulas o mecanismos recogidos en los CDI (véanse, por ejemplo, las Sentencias de la AN de 13 de febrero de 2023 [rec. núm. 312/2018] y de 13 de octubre de 2022 [rec. núm. 664/2018]).

<sup>11</sup> El ICAP (*International Compliance Assurance Programme*) fue aprobado y puesto en marcha por la OCDE en el año 2017, con el objeto de articular un mecanismo para instrumentar un control coordinado y multilateral de riesgos fiscales de MNE que estaban sujetas a la obligación de presentar el informe fiscal país por país, derivado de la acción 13 de BEPS (*vid.*: Calderón, 2018; y Ribes Ribes, 2022, pp. 91 y ss.).

<sup>12</sup> El ETACA (*European Trust and Cooperation Approach*) se puso en marcha (en fase piloto) por la Comisión de la Unión Europea en el año 2022, tras la publicación de las directrices para la aplicación de este programa de cumplimiento cooperativo para grandes empresas; este programa europeo, dedicado específicamente al control multilateral de riesgos de precios de transferencia, se inspira claramente en el ICAP OCDE/FTA, aunque su configuración y alcance no es totalmente asimilable o coincidente con el mismo (*vid.*: Calderón y Quintas, 2022, pp. 39 y ss.).

<sup>13</sup> Los acuerdos bilaterales o multilaterales de precios de transferencia (BAPA y MAPA, respectivamente) están siendo potenciados por la OCDE y el FTA (*Forum on tax administration*) en los últimos tiempos en

vir para examinar estas cuestiones dotadas de tanta complejidad, desde una perspectiva multilateral no confrontacional, pero también es cierto que la aplicación efectiva de estos mecanismos dista de ser sistémica en la hora actual. Pensamos, en este sentido, que los programas de cumplimiento tributario cooperativo deberían recuperar su finalidad originaria y servir para mejorar los niveles de seguridad jurídica en la aplicación del sistema tributario, cuando menos, respecto de los contribuyentes que adoptan posiciones de buena fe, transparencia y diligencia en el cumplimiento tributario<sup>14</sup>. Ciertamente, los principios propios de un Estado de Derecho –notablemente los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad– deben ser protegidos y garantizados no solo a través de la producción de normas claras en cuanto a su alcance que sean elaboradas con arreglo a procedimientos de buen gobierno democrático, sino también garantizando su correcta aplicación por las Administraciones tributarias, lo cual en muchas ocasiones (como es el caso de la regulación hipercompleja de la que son objeto las grandes empresas) requiere poner en marcha mecanismos de colaboración con los obligados tributarios<sup>15</sup>.

En suma, la resolución del TEAC y el propio Informe de la ONFI referido en la misma contienen un buen número de elementos que permiten visualizar el enfoque empleado por la Administración tributaria española, tanto para determinar la existencia de una cesión (implícita) de intangibles por una matriz española, como la metodología que se considera aplicable en ausencia de comparables (internos o externos) fiables. También resultan interesantes, los debates sobre la carga de la prueba y el umbral probatorio que se considera suficiente a efectos de acreditar determinados hechos y circunstancias críticas como consecuencia de definir y defender una política de precios de transferencia sobre los intangibles (v. gr., la relevancia y reconocimiento de una marca comercial, las circunstancias que permiten excluir el pago de un *royalty* (periodos de carencia y suspensión por pérdidas), el modelo de gestión y control del riesgo de los intangibles y la propia trascendencia y papel de las *DEMPE functions* que desarrollan por las distintas entidades del grupo (incluida la matriz), a los efectos de la aplicación del principio de plena competencia). Por tanto, del pronunciamiento del TEAC cabe extraer un conjunto de «lecciones» que puede resultar aconsejable tomar en consideración a los efectos de definir políticas de precios de transferencia en materia de intangibles.

---

aras de propiciar que los mecanismos internacionales que instrumentan seguridad jurídica a los contribuyentes transfronterizos se adapten a los nuevos principios y dinámica aplicativa de la fiscalidad internacional post-BEPS. Los manuales de la OCDE sobre APA bilaterales (publicado en septiembre 2022) y sobre APA y MAP multilaterales (publicado en febrero 2023) son ilustrativos de esta tendencia (*vid.*: García Bañuelos y Calderón, 2022, pp. 65 y ss.).

<sup>14</sup> En relación con el origen y funcionalidad originaria de los programas de cumplimiento cooperativo y su articulación en España, puede consultarse: Calderón y Quintas (2016).

<sup>15</sup> Véanse en este sentido los siguientes materiales internacionales: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers, *Tax Certainty*, March 2017, y OECD, *Pillar Two—Tax Certainty for the GloBE rules*, December 2022.

#### 4. ¿Quo vadis DEMPE functions? Una aproximación a las denominadas «funciones DEMPE» incorporadas en 2017 a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia

Finalmente, merece la pena realizar algún apunte sobre las referidas «funciones DEMPE» (*development, enhancement, maintenance, protection & exploitation*)<sup>16</sup> toda vez que su control y desarrollo por parte de las distintas entidades que forman parte de un grupo MNE posee relevancia significativa en relación con la aplicación del principio de plena competencia y la imputación de beneficios (y pérdidas) a las distintas entidades que forman parte de un grupo MNE (v. gr., en particular respecto de entidades distribuidoras o prestadoras de servicios como I+D, o entidades intermedias que desarrollan activamente tales funciones de forma centralizada). Nótese a este respecto cómo en el caso enjuiciado por el TEAC el contribuyente (la matriz aseguradora) argumentó en su defensa que el desarrollo de «funciones DEMPE» por parte de las filiales operativas (comercializadoras de seguros) podía impactar excluyendo o reduciendo la cuantía del canon que debía pagarse a la matriz española; se justifica tal posición argumentando que tales entidades vendrían a ser «propietarios económicos» de la marca como consecuencia de su contribución a su creación, ampliación y desarrollo.

En relación con el alcance de las *DEMPE functions*<sup>17</sup>, debe indicarse *ab initio* que tales funciones no constituyen el único ni el principal parámetro para la imputación de beneficios en las operaciones intragrupo relacionadas con activos intangibles, y que operan de forma distinta dependiendo del grado de desarrollo del intangible<sup>18</sup>, de manera que no estamos ante un criterio de atribución de beneficios (y pérdidas) que reemplace al análisis casuístico, transaccional y fáctico de activos, funciones y riesgos<sup>19</sup>. Del mismo modo, debe ponerse de relieve que el mero hecho de que una entidad intermedia asuma o soporte un coste de «AMP» (costes de marketing, publicidad y promoción/patrocinio), sin desarrollar un control funcional sobre tal actividad y sin asumir riesgos, permite dudar sobre su contribución de valor relevante respecto de los intangibles de que se trate<sup>20</sup>. Asimismo, debe apuntarse cómo tales «funciones DEMPE» no necesariamente poseen la misma relevancia en términos de creación de valor, lo cual hace más compleja su toma en consideración práctica a efectos de deter-

<sup>16</sup> Destacados autores han puesto de relieve cómo las funciones referidas al mantenimiento y protección poseen menor relevancia estratégica que las otras (Gonen *et al.*, 2021, p. 1.624).

<sup>17</sup> Véanse los párrafos 6.47 a 6.58 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017-2022.

<sup>18</sup> Párrafo 6.49 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017-2022.

<sup>19</sup> En realidad, los análisis de las funciones DEMPE forman parte del análisis funcional, aunque con un enfoque específico respecto de determinadas actividades conectadas con la creación, desarrollo y explotación de activos intangibles considerando el plano transaccional en el contexto de la cadena de valor del grupo MNE. El desarrollo de las funciones DEMPE, en determinadas condiciones, posee impacto sobre la atribución de beneficios (residuales) y pérdidas, pudiendo afectar igualmente a la imputación de ciertos costes. *Vid.*: Paumier (2020).

<sup>20</sup> Párrafos 6.11, 6.95-96 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017-2022.

minar el *profit allocation* intragrupo, teniendo en cuenta en particular la indefinición general del principio de creación de valor en este contexto, más allá de operar con una funcionalidad negativa (*no profit allocation without value creation substance & risk*). En cierta medida podría considerarse que las *DEMPE functions* responden al objetivo general del proyecto BEPS de limitar el *artificial profit shifting* por la vía de segregar las actividades empresariales sustantivas de la imputación contable-fiscal del beneficio residual a través de negocios jurídicos o esquemas contractuales arbitrados con tal finalidad; de esta forma, las *DEMPE functions* representan una expresión del principio de creación de valor, pensado con tal finalidad, pero que, como veremos más adelante, resulta inadecuado para vertebrar la aplicación del principio de plena competencia, cuando menos considerando su configuración y grado de desarrollo articulado en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017-2022.

Es decir, las «funciones DEMPE», al igual que el principio de *value creation*, no constituyen panacea alguna a efectos de ordenar la imputación del beneficio residual derivado de la explotación de activos intangibles en el marco de estructuras empresariales complejas donde las distintas entidades de un grupo realizan funciones relacionadas de forma relevante con la cadena de valor funcional de los intangibles. Ahora bien, parece claro que la incorporación de las referidas «funciones DEMPE» a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017, en línea con los objetivos del proyecto BEPS 1.0, posee relevancia práctica, por más que sea difícilmente parametrizable, entre otras razones, debido a la falta de desarrollo e indefinición de su alcance.

En este sentido, la práctica fiscal internacional revela que no resulta infrecuente que las autoridades fiscales de jurisdicciones donde están localizadas filiales que realizan actividades de distribución o prestan servicios de marketing o de I+D+i lleven a cabo inspecciones con el objeto de detectar «actividades DEMPE» a nivel local a efectos de realizar ajustes de precios de transferencia que determinen una remuneración de mercado por tales actividades a partir de la imputación de un porcentaje del beneficio residual derivado de la explotación del intangible de que se trate; tales enfoques de regularización mecánica basados en indicios de desarrollo de *DEMPE activities* se consideran incorrectos y, como regla, contrarios a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017-2022)<sup>21</sup>. A este respecto, debe insistirse en la diferencia entre la ejecución de «actividades DEMPE», por un lado, y el «control del riesgo» y la determinación de la estrategia del desarrollo de los intangibles, por otro<sup>22</sup>,

<sup>21</sup> Vid.: Gonen *et al.* (2021, pp. 1.615 y ss.). En concreto, estos autores denuncian una interpretación errónea del para. 1.105 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017, rechazando en todo caso que las eventuales *DEMPE activities* que puedan llevar a cabo filiales distribuidoras o prestadoras de servicios generen un derecho a obtener una remuneración del beneficio residual derivada de la explotación del intangible que deba ser determinado en aplicación del método *Profit Split*.

<sup>22</sup> La administración de India considera que la persona que toma las decisiones importantes en relación con la *AMP function*, como la decisión de la estrategia, fijación del presupuesto y ejercicio del control global sobre la función, es la persona que soporta el riesgo de la actividad de AMP y es al que corresponde

de suerte que tan solo las entidades que, de acuerdo con los parámetros establecidos en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017-2022 en el marco del procedimiento de delineación de las transacciones, controlan el riesgo (mediante desarrollo de funciones de identificación de riesgos, asunción de riesgos y capacidad de soportar financieramente el riesgo) de las operaciones y de las actividades DEMPE (v. gr., prestación servicio I+D por proveedor del grupo), tienen derecho al beneficio residual (suprarrutinario) –y soportan las pérdidas– derivadas de la explotación del intangible (Gonen *et al.*, 2021, pp. 1.615 y ss.); por el contrario, las entidades que se limiten a ejecutar «actividades DEMPE» en el marco de operaciones intragrupo, sin asumir el riesgo de tales actividades, normalmente no tendrán derecho a una parte del beneficio residual derivado de la explotación del intangible, sino a una remuneración (rutinaria) como proveedor de servicios cuya valoración normalmente se determina a través de un método Cost-Plus/TNMM o CUP, incluso cuando tal proveedor de servicios o entidad posea medios humanos y materiales especializados, tal y como acontece en el marco de subcontratación de prestación de servicios con terceros independientes<sup>23</sup>; en estos casos, las entidades que ejecutan «actividades DEMPE» sin asumir el control de los riesgos no pueden considerarse «propietarios económicos» del intangible, ni ser calificados como codesarrolladores del intangible y, por tanto, no tienen derecho a parte del beneficio residual, ni procede, por tanto, aplicar la metodología del *profit split*, siempre cuando la delineación de la operación sea consistente con lo contractualizado y no medie control de riesgos de las «actividades DEMPE» (Gonen *et al.*, 2021, pp. 1.615 y ss.).

Respecto de la configuración y alcance de las denominadas *DEMPE functions* cabría realizar algunas consideraciones adicionales, a saber:

- En primer lugar, algunos miembros de la administración americana que participan en la elaboración del Informe sobre las acciones 8-10 BEPS –que fue «volcado» en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017– han enfatizado la necesidad de limitar el alcance práctico de las mismas, destacando lo siguiente: a) que el referido informe BEPS en ningún momento pretendió que las *DEMPE functions* conformaran la base de un análisis de cadena de valor que asignara el beneficio a funciones a partir de evaluaciones subjetivas sobre su importancia, lo cual viene a limitar de forma clara su uso e instrumentación con el objeto de expandir enfoques de *profit split*; b) las *DEMPE functions* en modo alguno sustituyen un análisis funcional, sino que antes al contrario constituyen un instrumento complementario para perfilar tal análisis; en particular, las «funciones DEMPE» contribuyen a identificar el tipo de actividades y riesgos que controla activamente el propietario jurídico de los intangibles a efectos de revelar la existencia de es-

---

imputar el beneficio adicional generado por tal función (*Transfer Pricing Practices and Challenges in India*, (D.3.10.6), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2017).

<sup>23</sup> Véase en este sentido la *Practical Compliance Guideline*, PCG 2023/D2, publicada recientemente por la Australian Tax Office, sobre directrices de cumplimiento práctico de operaciones intragrupo con intangibles.

estructuras con baja sustancia (*cash boxes*)<sup>24</sup>, y c) sin embargo, las *DEMPE functions* no constituyen un método de *profit/loss allocation*, sino tan solo una fórmula para detectar *cash boxes* y refinar el análisis funcional (Finley, 2017, pp. 38-39).

- En segundo lugar, varios autores han criticado la desviación del *arm's length principle* que resulta de las *DEMPE functions* como criterio que contribuye a determinar el *profit allocation*, dado que no coincide con lo que acontece entre empresas independientes cuando realizan cesiones o transferencias de intangibles (Ballentine, 2016, pp. 1.177 y ss.).
- En tercer lugar, otros autores han puesto de relieve la dificultad para aplicar en la práctica el *profit allocation* de forma consistente con las *DEMPE functions*, ya que la guía de la OCDE es negativa y no aborda un buen número de cuestiones prácticas: ¿qué pasa si el control de las «funciones DEMPE» está fragmentado en una multitud de filiales?, ¿qué acontece si las personas que ejercen el control de tales funciones son geográficamente móviles?, ¿qué sucede con las transmisiones de los intangibles por parte del propietario jurídico, habría que compensar a las entidades que realizan las *DEMPE functions*?, ¿qué acontece con los casos de desarrollo no exitoso de los intangibles, las pérdidas se asignan a la jurisdicción de residencia de la entidad que controla las *DEMPE functions*?, ¿qué acontece con un cambio funcional sobre la localización de las personas que controlan las *DEMPE functions*, se genera un *exit tax*?, ¿cómo afecta la digitalización de la función de I+D al desarrollo de funciones DEMPE?, ¿cómo debe factorizarse la asignación de capital en el contexto de la ponderación de los potenciales impactos de las actividades DEMPE? (Tobin 2016; Paumier, 2020; Martin *et al.*, 2023; Kiet *et al.*, 2023).
- Y, en cuarto lugar, se ha indicado como una fórmula ideada para contrarrestar *tax planning* agresivo a través de *cash boxes* puede traer consigo otro tipo de planificación fiscal internacional que pivote a partir de la imputación de los beneficios a *DEMPE companies* situadas en países de baja tributación (Wittendorf, 2016, pp. 331 y ss.); posiblemente, se encuentre aquí una de las razones que propició el desarrollo de la tributación global mínima articulada a través del Pilar 2 (BEPS 2.0), dado que limita seriamente el incentivo a localizar tales funciones en jurisdicciones de baja tributación<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017 reflejan la reacción de las Administraciones en el contexto del proyecto BEPS dirigida a apuntalar la vigencia y aplicación del principio de plena competencia, limitando estructuras de *profit-shifting* como las denominadas *cash boxes* que estarían desprovistas de sustancia, explotando la mera titularidad jurídica de intangibles desde *tax havens*. Post-BEPS 1.0 la mera titularidad jurídica de un activo intangible no determina mecánicamente la imputación del beneficio residual derivado de su explotación, sino que tal beneficio (o pérdidas) requieren control efectivo de las funciones DEMPE. *Vid.*: Gonen *et al.* (2021, pp. 1.618-1.619).

<sup>25</sup> Así se ha pronunciado I. Grinberg (former US Treasury official) poniendo de relieve cómo la imposición global mínima operaría como instrumento de política económica que limita el factor de inestabilidad del

La incorporación de las *DEMPE functions* a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017), siguiendo en gran medida la propia evolución de la regulación norteamericana post-2009, se combinó con el abandono, con carácter general, del concepto de «propietario económico» de un intangible de marketing, habiéndose adoptado un enfoque monista basado en un (normalmente) único propietario o titular jurídico de un activo intangible, que debe remunerar a las demás empresas asociadas que contribuyen a dotarlo de valor a través de funciones específicas (DEMPE) que superen un umbral de materialidad que vaya más allá del «beneficio incidental» derivado de la utilización de un intangible por un licenciario (v. gr., distribuidor)<sup>26</sup>; ello implica diferenciar entre la cuestión de la titularidad del intangible y la imputación del beneficio derivado de su explotación.

En este mismo orden de cosas, cabe recordar cómo el informe G20/OCDE BEPS, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation* (acciones 8-10), matizó sensiblemente los principios en materia de operaciones intragrupo con intangibles referidas a la distribución comercial, aceptando a grandes rasgos algunos de los principios derivados de esta jurisprudencia de India y de EE.UU que expanden la atribución de beneficios a los países fuente/mercado a través de la toma en consideración y reconocimiento de su potencial contribución funcional al desarrollo de los intangibles de marketing en el marco de actividades de distribución comercial<sup>27</sup>.

---

sistema fiscal internacional que puede resultar de determinados esquemas de utilización de las funciones DEMPE. Vid.: Finley (2021).

<sup>26</sup> La explotación de intangibles por un distribuidor licenciario, por ejemplo, de una marca renombrada, a través de la comercialización de los productos del grupo no se considera que comprenda la función de definición de la estrategia de creación, desarrollo y ampliación del intangible, ni que, por tanto, determine una contribución valiosa y única al mismo, por más que el distribuidor pueda poseer *know how* comercial y conocimiento de mercado a la hora de realizar sus actividades comerciales, pudiendo generar un «beneficio incidental» al propietario de la marca que controla las *DEMPE functions*; tal actividad del licenciario, a partir de la asunción de costes de publicidad y marketing realizados en beneficio propio y en el marco de su actividad de comercialización de bienes y servicios del grupo en el mercado local, no genera derecho alguno sobre el beneficio residual derivado de la explotación del intangible, pero sí se trata de actividades que deben ser tenidas en cuenta a los efectos de los beneficios imputables respecto de su actividad de distribución. Véase a este respecto el ejemplo 8 del anexo al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia; vid. también Gonen *et al.* (2021, p. 1.618).

<sup>27</sup> Véase el epígrafe B.4.1 (*Development and enhancement of marketing intangibles*) y los ejemplos 8 a 13 recogidos en el anexo al Informe BEPS acciones 8-10. Tal epígrafe aparece igualmente recogido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017. La versión de 2010 de las Directrices de Precios de Transferencia también incluía en el capítulo VI un epígrafe (D) relativo a «Actividades de comercialización realizadas por empresas que no son propietarias de una marca comercial o de un nombre comercial». No obstante, existen diferencias significativas entre la guía de principios de 2010 y 2017, no resultando asimilables en modo alguno. En particular, la guía de 2010 advertía básicamente del problema, esto es, que la remuneración del distribuidor local en ocasiones podría requerir tener en cuenta su contribución al desarrollo del intangible de marketing o al propio mercado, en tanto que la guía de 2017 aborda esta cuestión de forma más estructural estableciendo una serie de principios y reglas a este respecto que están conectadas con el nuevo enfoque sobre *profit allocation* en relación con la explotación de intangibles. La normativa de precios de transferencia norteamericana ya venía considerando esta cuestión fundamentalmente desde una perspectiva *inbound*.

La posición de la OCDE remite a un análisis complejo y muy casuístico que tiene en cuenta básicamente una serie de elementos: a) la existencia de contratos a corto o largo plazo de distribución de mercancías en el mercado local; b) la caracterización funcional del distribuidor, particularmente su nivel de riesgo y de autonomía a la hora de la realización de actividades de marketing y desarrollo de mercado; c) el tipo de transacciones intragrupo existentes entre la filial y el resto del grupo (aprovisionamiento, licencia de fabricación, pago *royalties* por cesión uso de la marca); d) el nivel de penetración o desarrollo del mercado local respecto de los productos de la matriz; e) el nivel cuantitativo de los costes de marketing y publicidad asumidos por la filial analizados a partir de un examen de comparables (*benchmarking* comparabilidad AMP), y eventualmente el reembolso de los mismos por la matriz; y f) los márgenes de beneficio de la filial analizados a partir de un *benchmarking* de empresas comparables (análisis funcional que incluya el análisis de intensidad funcional/riesgos desarrollo actividades de marketing).

En términos de contexto, cabe indicar como la OCDE desarrolló esta parte de la guía del *arm's length standard* en el marco del proyecto BEPS a efectos de tratar de determinar la eventual y potencial contribución de las filiales distribuidoras locales (o entidades que prestan localmente servicios de marketing o de I+D+i) al desarrollo y expansión de los intangibles marcarios de la matriz (o del correspondiente titular legal o jurídico del intangible marcario), de cara a implementar en este ámbito específico el principio estructural del proyecto BEPS referido al alineamiento entre las actividades de creación de valor y el *profit allocation ex transfer pricing*<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Como han puesto de relieve destacados académicos, el *value creation principle* que constituye uno de los elementos inspiradores del proyecto BEPS 1.0 no está pensado ni configurado como estándar normativo o principio interpretativo de la regulación de precios de transferencia, en el sentido de servir de criterio de valoración, imputación, cuantificación o fijación del *profit allocation* transaccional en el marco de la aplicación efectiva de la normativa de precios de transferencia, considerando su configuración principialista, falta de concreción o indefinición, vaguedad e imprecisión; se considera, no obstante, que el valor de este principio reside en servir para identificar uno de los principales problemas clásicos del principio de plena competencia que pasa por las posibilidades de *profit shifting* que resultan de la segregación de la actividad económica o empresarial y la imputación contable-fiscal de los beneficios en el marco de grupos MNE; en este sentido, el principio de creación de valor operaría como objetivo del proyecto BEPS 1.0, cuya concreción no se define ni de forma uniforme a lo largo de las 15 acciones del referido proyecto, ni de forma clara, particularmente en relación con el *transfer pricing framework* post-BEPS; ello determina que el *value creation principle* no sea «apto» para operar como estándar práctico en la aplicación del principio de plena competencia, más allá de tener una «funcionalidad negativa» en el sentido de limitar de forma relevante la atribución de beneficios a entidades sin sustancia o *cash boxes*; de esta forma, el principio de creación de valor en este contexto terminará operando como un principio guía en el plano de la *tax policy* post-BEPS (*vid.*: Martín Jiménez, 2020; Collier, 2021). En este mismo orden de cosas, se ha defendido por académicos que han participado activamente en el proyecto BEPS 2.0, que las medidas de tributación mínima del Pilar 2, en cierta medida responden a limitar el *profit shifting* residual post-BEPS 1.0, esto es, limitar la deslocalización del beneficio residual asociado a la explotación de intangibles a través de la relocalización de *DEMPE functions* en *tax havens* (Gringberg). *Vid.*: Finley (2021).

La fórmula para llevar a cabo tal implementación se basa en la idea de que determinadas actividades (funciones cualificadas) que virtualmente repercuten o influyen de forma efectiva y significativa en la creación de valor de los intangibles (las *DEMPE functions*) constituyen actividades y funciones que impactan sobre la asignación de los beneficios en las operaciones intragrupo, erosionando o limitando de manera relevante el viejo principio de la imputación (sustancial y por defecto) del beneficio residual a la matriz (o sociedad intermedia) una vez descontado el beneficio rutinario asignable a las filiales (distribuidoras o de marketing) en función de la aplicación del principio de plena competencia a cada una de las operaciones intragrupo realizadas por la misma. De esta forma, las *DEMPE functions* pueden permitir, en ciertas ocasiones, ir más allá del enfoque clásico o estandarizado de asignación de beneficio puramente rutinario a tales filiales locales (distribuidoras o prestadoras de servicios intragrupo), reconociendo una remuneración adicional por el servicio intragrupo derivado de la ejecución de las *DEMPE activities*; ahora bien, tal circunstancia no determina un derecho a la atribución de una porción del beneficio residual derivado de la explotación del intangible de que se trate (ni por tanto aplica el método del *Profit Split*) (Gonen *et al.*, 2021, pp. 1.617 y ss.), allí donde no hay control de riesgos sobre tales funciones por parte de la filial local<sup>29</sup>.

En el específico ámbito de las actividades de distribución por filiales locales en los distintos mercados, la OCDE ahora admite que, en determinadas circunstancias, tales filiales pueden estar realizando en determinados casos ciertas *DEMPE functions* –desarrollo y ampliación de activos intangibles– en el marco de su actividad de comercialización de los productos y servicios del grupo<sup>30</sup>. De alguna forma, la OCDE termina considerando que

<sup>29</sup> En cierta medida tal asignación de beneficio residual vendría a coincidir con la *Amount A* en sede del Pilar 1 de BEPS 2.0, pero a partir de enfoques formularios que van más allá del *arm's length principle*.

<sup>30</sup> La administración de India, tras la publicación del Informe Final (2015) OCDE/G20 sobre las acciones 8-10, viene fundamentando su enfoque sobre la creación de valor con respecto a los intangibles de marketing por las filiales locales utilizando la propia terminología y principios BEPS, particularmente las *DEMPE functions* (*Transfer Pricing Practices and Challenges in India*, (D.3.10. Marketing Intangibles), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2017). En el pasado tal enfoque de *bright line test* era explicado a partir de principios desarrollados localmente (*Emerging Transfer Pricing Challenges in India* (Capítulo 10. Country Practices, epígrafe 10.4.8.12. Marketing Intangibles), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2013). No obstante, no puede decirse que la utilización del *AMP bright-line test* a efectos de establecer transacciones ficticias de prestación de servicios intragrupo por parte de la filial distribuidora a la matriz o principal del grupo esté errada en India, de suerte que en la hora actual todavía hay casos donde la Administración utiliza este enfoque en comprobaciones de precios de transferencia, conectándolo con las *DEMPE functions* (véase, por ejemplo, el caso *Kellogg India PL*, ITA n.º 7342/2018). La doctrina de los tribunales de India viene rechazando la aplicación mecánica de tal enfoque (*AMP bright-line-test*) por un conjunto de razones, a saber: a) los gastos AMP normalmente están conectados con la promoción de la venta de productos distribuidos, y no con el desarrollo del valor de una marca, por más que tal contribución de valor al intangible marcario pueda ser incidental; b) el desarrollo del valor de una marca resulta de un conjunto de factores, entre los que destaca la calidad de los productos o servicios producidos o desempeñados utilizando las marcas de que se trate, y c) la aplicación del principio de plena competencia en este contexto debe tomar en consideración el conjunto de hechos y circunstancias del caso/transacción, lo cual no encaja con formas

determinadas actividades realizadas por una filial distribuidora de productos bajo marcas del grupo al que pertenece, que superan un umbral (fijado a partir de factores cuantitativos y cualitativos relacionados con las actividades de marketing y publicidad), pueden constituir una contribución funcional sustancial al «desarrollo del mercado (local)» e integrar actividades de «desarrollo de los propios intangibles de marketing» utilizados con motivo de tal comercialización (marcas de producto y de servicios). Tal evolución del *ALS BEPS side* trataría de contribuir al mayor equilibrio en el reparto del poder tributario a nivel internacional entre los países fuente/mercado y países de residencia de las matrices, con el objeto de estabilizar el sistema de fiscalidad internacional (McDonald, 2022, pp. 1.081 y ss.).

La determinación de cuándo la filial distribuidora, a través de sus funciones de marketing y publicidad realizadas para la comercialización de los productos fabricados por el grupo, realiza *DEMPE functions*, esto es, una contribución de valor (desarrollo y expansión) significativa respecto de los «marketing intangibles» ostentados por el titular jurídico de los mismos, que debe ser objeto de remuneración de mercado (*profit allocation aligned with value creation*), tal y como hemos avanzado, constituye una cuestión de hecho a analizar caso a caso. Así, la OCDE admite que una filial distribuidora con riesgo limitado (riesgos de inventario, de crédito y financiero) que recibe una remuneración de mercado por la comercialización de los productos de la matriz, debería recibir una contraprestación de mercado (normalmente rutinaria) por actividades de marketing que desarrolla por orden y cuenta de su matriz (o titular jurídico de la marca) cuando esta (la matriz) determina y controla totalmente sus actividades de marketing, fijando el plan y el presupuesto al respecto<sup>31</sup>. Igualmente, la OCDE considera que cuando la filial distribuidora desarrolla, por cuenta propia y ostentando un cierto margen de maniobra o autonomía, actividades de marketing y publicidad o acciones de desarrollo del mercado local incurriendo en un volumen de costes o publicidad que supera de forma significativa el esfuerzo e intensidad cuantitativa y cualitativa de las actividades/costes de marketing y publicidad llevado a cabo por empresas comparables (bajo condiciones contractuales y funcionales equiparables), tal contribución al desarrollo del mercado y los intangibles de marketing debería ser objeto de remuneración, siempre que los márgenes de beneficios obtenidos por tal filial sean significativamente más bajos que los logrados por las empresas comparables a partir de un análisis de varios años<sup>32</sup>; en el caso de que la imputación de be-

---

mecánicas como el *bright-line-test AMP*; así, se considera que, con carácter general, un elevado gasto AMP por una distribuidora de productos del grupo que opera como distribuidora con riesgo (*no limited risk distributor*, LRD) y ostenta un contrato de suministro a largo plazo ya obtiene una remuneración de mercado, al participar en el beneficio superrutinario y potencialmente percibir un retorno de sus actividades de promoción de ventas. *Vid.*: Mirembe (2023).

<sup>31</sup> Ejemplo 8 recogido en el anexo I al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017-2022).

<sup>32</sup> Ejemplos 9, 10, 11 y 13 recogidos en el anexo I al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017-2022). En el ejemplo 10 la filial desarrolla actividades de marketing más allá de las que realizan entidades independientes, desarrollando funciones y soportando riesgos relacionados con el desarrollo de la marca comercial más allá de lo que haría una empresa independiente en su propio

neficios a la filial fuera significativamente más baja que la obtenida por las empresas comparables, se contemplan varias fórmulas para instrumentar la remuneración de mercado por tal contribución de valor que van desde una reducción del precio de las mercancías, minoración del eventual *royalty*, o la articulación de un flujo de servicios inverso filial-matriz (titular jurídico de los intangibles de marketing) que considere tal exceso de costes de marketing respecto de los asumidos por empresas comparables<sup>33</sup>, incluyendo el correspondiente *mark-up*<sup>34</sup>.

Así, desde un plano práctico y simplificando el análisis, el nuevo enfoque post-BEPS desarrollado por la OCDE requiere tener en cuenta la intensidad (y la autonomía y riesgo asumido) de las funciones de marketing y publicidad desarrolladas por las filiales locales que distribuyan (y/o fabriquen y comercialicen) productos de su matriz, atendiendo fundamentalmente a un ratio cuantitativo (v. gr., *test AMPs/net sales*) que permita una comparación con las empresas comparables que desarrollen actividades similares; dependiendo del caso y de un conjunto de circunstancias fácticas (por ejemplo, si se trata de una distribuidora de riesgo limitado o no, o considerando la duración del contrato de licencia de distribución), funcionales y contractuales puede requerirse que tales actividades de marketing sean objeto de remuneración específica (servicio de *brand building*) o se tengan en cuenta a efectos de fijar la remuneración de mercado de las operaciones intragrupo que ya tuvieran lugar (precio del aprovisionamiento de mercancías, o ratio del canon por cesión de propiedad industrial), ya a través de los «métodos tradicionales» ya utilizando el *profit split* en aquellos casos singulares donde fuera aplicable. Ni que decir tiene que todo ello posee igualmente relevancia a efectos de elaborar la documentación analítica de precios de transferencia (*master & local files*), en cuanto a la definición de la cadena de valor de los intangibles de los grupos<sup>35</sup>.

Con todo, se ha llamado la atención sobre la necesidad de evitar un uso maximalista y desproporcionado de las *DEMPE functions* como mecanismo que justifique de forma mecánica

---

beneficio, de manera tal que el margen de beneficio obtenido es inferior al de las empresas comparables. En este ejemplo 10 se contempla la posibilidad de remunerar a tal filial (remunerada por debajo de rango de mercado) a través de varias fórmulas (precio de transferencia mercancía más bajo, servicio intragrupo de marketing e incluso aplicando el método *Residual Profit Split*), en la medida en que la filial desarrolla *DEMPE functions* con autonomía y asumiendo y controlando los riesgos de tales actividades. La OCDE insiste en que, si la filial obtuviera durante la vigencia del contrato una remuneración de mercado por sus actividades de marketing, no procedería remuneración adicional por las *DEMPE activities*.

<sup>33</sup> Tal y como venimos destacando, la aplicación del método *Profit Split* solo resultaría procedente en casos donde la entidad que desarrolla las *DEMPE activities* asume funciones de control de estas, pero no allí donde únicamente las ejecuta siguiendo la estrategia y control de riesgos realizado por otra entidad del grupo (normalmente la *IP Company*). Vid.: Gonen *et al.*, 2021, pp. 1.618 y ss.

<sup>34</sup> De alguna forma, la OCDE estaría matizando los propios principios establecidos sobre el funcionamiento del rango de mercado.

<sup>35</sup> El análisis de las funciones *DEMPE* forma parte del análisis funcional, y posee relevancia a efectos del análisis de comparabilidad, el proceso de delineación de las operaciones intragrupo, y, a la postre, de la selección y aplicación de la metodología valorativa en materia de precios de transferencia. Vid.: Martin *et al.* (2023) y Kiet *et al.* (2023).

la imputación de beneficio residual (derivado de la explotación de intangibles) a las entidades que pudieran llevar a cabo tales funciones (Musselli, 2022; Maruca *et al.*, 2021; Gonen *et al.*, 2021, p. 1.615; Hickman, 2021). Y ello teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La subjetividad a la hora de determinar la concurrencia de tales funciones de contribución de valor a los intangibles del grupo, toda vez que no basta analizar aisladamente tales funciones en el seno de una entidad sino que hay que ponderar tales funciones, cuantitativa y cualitativamente, en el marco del grupo (notablemente su matriz y *IP companies*)<sup>36</sup>. A este respecto, cabe señalar como algunas administraciones (como el IRS o la HMRC) vienen tomando en consideración las «funciones DEMPE» en el marco de mecanismos internacionales de prevención o resolución de controversias fiscales internacionales (BAPA y MAP), donde se puede ponderar de forma bilateral la relevancia y realidad de estas funciones, de manera que así se reducen los riesgos de arbitrariedad y de generación de doble imposición (Martin *et al.*, 2023; Kiet *et al.*, 2023)<sup>37</sup>.
- b) La dificultad para cuantificar el valor de tales funciones respecto del retorno de la explotación del intangible, considerando igualmente el valor del capital en riesgo y de otros elementos o factores que aportan valor a la transacción que genera el beneficio o pérdida.
- c) Las funciones humanas sustantivas relacionadas con las actividades DEMPE deben considerarse teniendo en cuenta los recursos humanos de todo el grupo MNE, bajo un análisis holístico jerárquico-funcional, geográfico y temporal que trascienda de un ejercicio concreto (Ciresa, 2018).
- d) Las *DEMPE functions* no deben utilizarse como instrumento de *profit re-allocation* a nivel de grupo, ya que su funcionalidad no es esa, sino más bien materializar un requisito de sustancia económica (como expresión del principio de creación de valor) en el sentido de que los retornos derivados de la explotación de un intan-

<sup>36</sup> A este respecto, algunos *practitioners* han recomendado extremar los procesos de delineación (y documentación) de las funciones críticas en un grupo a efectos de reducir la subjetividad sobre la identificación de los centros de desarrollo de *DEMPE functions*, y mitigar los riesgos de correcciones valorativas; tal delineación debe realizarse considerando el elemento geográfico, esto es, donde se realizan tales funciones y, por tanto, la localización y centro de imputación de costes y control de tales equipos (Pereira, 2022, pp. 45 y ss.; y Paumier, 2020). Otros autores mantienen que la nueva guía OCDE de precios de transferencia (2017) referida al capítulo VI favorece la imputación mecánica del beneficio residual derivada de la explotación de intangibles a la matriz o a una *IP Company* que centralice las funciones DEMPE del grupo, soportando el riesgo derivado de las mismas (Monsenegro, 2021, pp. 107 y ss.).

<sup>37</sup> En este sentido, algunos *tax practitioners* han destacado como un elemento crítico para poner el potencial impacto de las funciones DEMPE pasa por la granularidad del análisis de tales funciones, resultando difícil la verificación por las autoridades fiscales sin una colaboración intensiva y cooperativa por parte de los contribuyentes. *Vid.*: Paumier (2020).

gible no sean transferidos, por la vía de meros contratos<sup>38</sup>, a una entidad (propietario jurídico del intangible) que no ostente o desarrolle un conjunto de funciones (especialmente el control de riesgos sobre las *DEMPE functions*) conectado con tal intangible (Martin, 2020). Es decir, este elemento opera limitando de forma relevante las estructuras de *IP cash boxes*.

En este sentido, se ha llegado a cuestionar si los principios sobre los que pivota o se construye el Pilar 1 (*Amount A*) y las reglas de tributación mínima del Pilar 2 (*carve-out* de sustancia económica)<sup>39</sup> son (o no) consistentes con los principios que informan las *DEMPE functions* como piedra de toque para verificar la racionalidad del modelo de imputación del beneficio residual del grupo asociado a los intangibles (a través por ejemplo de una metodología de *Profit Split* como *sanity check*) (Martin, 2020).

A este respecto, no puede dejar de destacarse cómo estos nuevos principios OCDE en materia de *development and enhancement of marketing intangibles* forman parte del nuevo estándar internacional de plena competencia y en tal sentido deben ser tenidos en cuenta, considerando cómo las Directrices OCDE de Precios de Transferencia constituyen *Soft-law global* (Ruiter, 2016, pp. 295 y ss.) que tanto las MNE como las administraciones deben observar, con independencia de su limitada virtualidad jurídica (interpretativa y normativa), a efectos de fundamentar sus posiciones fiscales tanto en el contexto del *tax compliance* como en el marco de un procedimiento de comprobación o de resolución de controversias transfronterizas.

Nótese como la nueva guía OCDE post-BEPS (acciones 8-10 BEPS incorporada en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017-2022) que venimos comentando, y en particular los criterios de *profit allocation* con respecto al desarrollo de actividades de creación

<sup>38</sup> De esta forma, las funciones DEMPE también operan en la fase de delineación y análisis funcional y de comparabilidad, de manera que en último análisis se pretende que los resultados derivados de la aplicación del principio de plena competencia sean más consistentes (lógica antiabuso) con la sustancia económica en términos de localización de las actividades que se consideran más significativas respecto de la creación de valor a tener en cuenta a efectos de la imputación del beneficio residual derivado de los intangibles (Monsenegro, 2021, pp. 120 y ss.). No resulta claro, no obstante, el alcance y peso relativo de las distintas funciones DEMPE, ni si estamos ante un factor o criterio *supply side* o *demand side*.

<sup>39</sup> El *carve-out* de sustancia económica del Pilar 2 (*substance-based income exclusion*), que excluye mecánicamente de la *net globe income* jurisdiccional una suerte de renta imputable a activos tangibles y *payroll* localizados en cada jurisdicción, opera limitando el impacto del *top-up tax* al beneficio residual (*excess profits*) de cada entidad en cada territorio/país, de manera que, cuando menos en sectores intensivos en activos tangibles y mano de obra, tal gravamen mínimo no se proyectaría sobre el beneficio rutinario (Kamin, 2022, p. 322). En el caso de que la jurisdicción de la filial que desarrollara las *DEMPE functions* no sometiera a imposición mínima el beneficio residual que le resultara imputable por la realización de tales actividades, tal renta sería gravada por otra jurisdicción en virtud del IIR o el UTPR; ello determinaría una transferencia de ingresos tributarios del país mercado a otras jurisdicciones que no poseen nexo jurídico territorial con tal renta desde una perspectiva de generación de valor.

de valor de los intangibles (funciones DEMPE), no solo opera expandiendo potencialmente la imposición en la fuente en determinados casos, sino que también puede favorecer igualmente la asignación de beneficios a sociedades matrices e incluso a entidades intermedias (*IP companies*) que controlen los principales riesgos y el desarrollo de las «funciones (y costes de actividades) DEMPE» respecto de los intangibles<sup>40</sup>; particularmente, no puede perderse de vista cómo en un mundo globalizado y con modelos de negocio de economía digital tales «funciones DEMPE» pueden controlarse e incluso desarrollarse de forma remota<sup>41</sup>, lo cual puede impactar de nuevo sobre la asignación del beneficio a los distribuidores locales.

Con todo, la complejidad de las organizaciones propias de las distintas MNE y el alto grado de fragmentación de las unidades de creación de valor en el seno de las mismas dificulta seriamente la aplicación consistente del *arm's length* en lo que se refiere a la imputación del beneficio a tales «unidades empresariales» que contribuyen a la generación de valor (desarrollando o no *DEMPE functions*)<sup>42</sup>, lo cual puede terminar favoreciendo un uso mucho más intensivo de APA (bilaterales y multilaterales) e incluso del método *Profit Split*, con todos los riesgos e inconvenientes que ello conlleva (Storck *et al.*, 2016, pp. 218-219).

En último análisis todo ello evidencia cómo la práctica de *transfer pricing* está evolucionando de forma tal que el tradicional enfoque formalista-contractual (binario) y unilateral está siendo reemplazado por enfoques de cumplimiento y supervisión fiscal más complejos de corte analítico (sustancialista-*ALS BEPS side*), policéntricos/multilaterales y holísticos que contextualizan las transacciones en el marco de la cadena de valor del grupo.

La propia evolución del sistema de fiscalidad internacional y, particularmente, del propio estándar del *arm's length* como consecuencia del proyecto OCDE/G20 BEPS trae consigo un mundo fiscal en transición y un buen número de problemas de seguridad jurídica, legalidad y riesgos de doble imposición que deberían afrontarse de forma estructural por todos los implicados en la construcción del nuevo sistema como parte integrante del proceso de implementación de los nuevos estándares fiscales (Ruiter, 2016, pp. 295 y ss.).

---

<sup>40</sup> Esta conclusión puede resultar paradójica considerando cómo uno de los principales objetivos de las acciones 8-10 de BEPS fue precisamente dismantelar las estructuras de *cash boxes* por la vía de limitar al máximo el *profit allocation* a estructuras de explotación o de gestión (pasiva) de intangibles que carecieran de sustancia suficiente, de manera que solo las entidades que explotaran de forma activa los intangibles y realizaran el control estratégico y activo de las funciones DEMPE (junto con activos y riesgos) pueden ser objeto de una imputación sustancial de los beneficios y pérdidas derivadas de la explotación de los intangibles. Ello implica que entidades intermedias de gestión de activos intangibles dotadas de baja sustancia (DEMPE) quedan ahora en una posición de riesgo a efectos de defender un *profit allocation* significativo, el cual sí resultaba defendible bajo los estándares pre-BEPS.

<sup>41</sup> *Vid.*, a este respecto, Olbert y Spengel (2017, pp. 3 y ss.).

<sup>42</sup> Algunos autores han enfatizado cómo el principio de plena competencia estaría evolucionando hacia la hipercomplejidad técnica, de suerte que ello estaría poniendo en peligro su propio futuro como principio de distribución del poder tributario entre Estados. *Vid.*: Andrus y Collier (2022).

## Referencias bibliográficas

- Andree, C., Bärsch, S. E. y Kluge, S. (2016). Licencing of Trademarks and the Use of Group Names: Recent Developments. *International Transfer Pricing Journal*.
- Andrus, J. L. y Collier, R. S. (2022). Transfer Pricing and the Arm's Length after the Pillars. *TNI*, 105.
- Ballentine, J. (2016). Ownership, Control and the Arm's length standard. *TNI*.
- Calderón, J. M. (2016). The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 BEPS Project. *Bulletin for International Taxation*, 70(8).
- Calderón, J. M. (2017). ¿La revalorización de una marca global determina un ajuste de precios de transferencia en sede de las filiales del grupo? Una nota al hilo del caso *Hyundai* sobre explotación de los intangibles de marketing en un contexto post-BEPS. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 417, 33-54.
- Calderón, J. M. (2018). The OECD International Compliance Assurance Programme: Just a New Multilateral and Cooperative Model of Tax Control for Multinational Enterprises? *Bulletin for International Taxation*, 12.
- Calderón, J. M. (2022). La transformación del marco fiscal internacional resultante de la reforma fiscal global. *Civitas REDF*, 193, 13-66.
- Calderón, J. M. y Quintas, A. (2016). *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS*. Thomson Reuters.
- Calderón, J. M. y Quintas, A. (2022). El Programa Europeo de Cumplimiento Tributario Cooperativo para grandes empresas multinacionales (ETACA). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 476, 39-64.
- Ciresa, G. (2018). TP: Employees trigger value creation within MNEs. *International Tax Review*.
- Collier, R. (2021). The Value Creation Mythology. En *Taxation and Value Creation*, EALTP Int'l tax series, vol. 19, IBFD.
- Finley, R. (2017). Forget DEMPE Label, McDonald Says. *TNI*.
- Finley, R. (2021). Pillars 1 and 2 Agreements Complements Transfer Pricing System. *TNI*.
- García Bañuelos, J. A. y Calderón, J. M. (2022). El Nuevo Manual OCDE sobre APAs bilaterales: ¿Hacia una seguridad jurídico-tributaria cooperativa? *QF*, 22.
- Gonen, E., Karasik, L. y McDonald, M. (2021). Control Over Risk, DEMPE Functions and the remuneration of R&D Service Providers. *TNI*.
- Hickman, A. (2021). Arm's Length Mutations. *MNE Tax*.
- Kamin, D. (2022). The ambition and Limits of the Global Minimum Tax. *TNI*, 108.
- Kiet, O., Lescroart, V., Barone, L., Quiñones Fernández, M. T., Coleman, J., Pepper, A. y Karolewicz, N. A. (2023). A Global Survey on the Application of the Control of Risk And DEMPE Frameworks: France, Italy and Spain. *TNI*, 110.
- Martin, A. (2020). Transfer Pricing Substance in Flux – DEMPE, BEPS 2.0 and Covid-19. *Bloomberg Tax, DTR*.
- Martin, M. R., McConkey, J. D., Roper, P., Coleman, J, Pepper, A y Korelewicz, N. A. (2023). A Global Survey on the Application of the Control of Risk And DEMPE Frameworks: The US and the UK, *TNI*, 110.
- Martín Jiménez, A. (2020). Value Creation: a guiding light for the interpretation of tax treaties? *Bulletin for international taxation*, 4/5.

- Maruca, S., McDonald, M. y Osborn, J. M. (2021). Transfer Pricing: OECD transfer pricing guidelines. *Bloomberg Tax Management Portfolio*, 6936.
- McDonald, M. (2022). Ready for my Close-up, Mr. DeMille: Formulary apportionment's ticket out of Palookaville. *TNI*, 108.
- Michel, B. (2023). Belgian Court of Appeal wipes the floor with ambulatory use of 2017 Transfer Pricing Guidelines. *International Transfer Pricing Journal*, 30(2).
- Mirembe, R. (2023). A Not-So-Bright Line: Advertising, Marketing, and Promotion Expenditure in India. *TNI*, 110.
- Monsenegro, J. (2021). Value Creation and Transfer Pricing. En *Taxation and Value Creation, EALTP Int'l tax series*, vol. 19, IBFD.
- Musselli, A. (2022). Uncertainties on the Arm's Length principle for producers and distributors. *ITPJ*, 29(6).
- Olbert, M. y Spengel, C. (2017). International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? *WTJ*.
- Paumier, P. (2020). TP Aspects of Intangibles: How Deep Should DEMPE Be? *International Tax Review*.
- Pereira, N. (2022). Intangibles: The New Frontier. *TNI*, 105.
- Ribes Ribes, A. (2022). Retos del ICAP de la OCDE como modelo de cumplimiento cooperativo multilateral. *Crónica Tributaria*, 182.
- Ruiter, M. (2016). The Future of Transfer Pricing. *TNI*.
- Storck, A., Petrucci, R., Pankiv M. y Tavares, R. (2016). Global Transfer Pricing Conference «Transfer Pricing in a Post-BEPS World». *ITPJ*.
- Tobin, J. (2016). Intangible BEPS Risks. *TM International Journal*, 226(45).
- Wittendorf, J. (2016). BEPS Actions 8-10: Birth of a new Arm's length principle. *TNI*.
- Wood, A. y Bubb, A. (2023). Key tax messages for Multinational From Australia and the US. *Daily Tax Report, Bloomberg*, 2023-05.12T.

**José Manuel Calderón Carrero.** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de A Coruña, habiendo sido *Visiting Scholar* en el *International Tax Program Harvard Law School* (1994, 1997, 2000) y *Visiting Researcher* en el *International Bureau of Fiscal Documentation*, Ámsterdam 2002 y 2005. Autor de numerosas publicaciones nacionales y extranjeras dedicadas al Derecho Tributario, con particular atención a temas de fiscalidad internacional y Derecho de la Unión Europea. Miembro del *Academic Committee de la European Association of Tax Law Professors* (2017-2023). Miembro del Grupo de Expertos en materia de fiscalidad internacional y precios de transferencia de la AEDAF (2020-2024), así como de la *International Fiscal Association* (IFA). <https://orcid.org/0000-0001-7973-2869>