

LA SENTENCIA DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON: UN PRECEDENTE RELEVANTE SOBRE CONTROVERSIAS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA, INTANGIBLES Y ECONOMÍA DIGITAL

José Manuel Calderón Carrero

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.
Universidad de A Coruña*

EXTRACTO

Este trabajo analiza la reciente sentencia dictada por la US Tax Court en el caso Amazon, toda vez que constituye un importante precedente en materia de *transfer pricing*; la sentencia aborda una serie de aspectos centrales referidos a la valoración de operaciones intragrupo de transferencia de activos intangibles, al hilo de las operaciones que fueron realizadas por parte de la matriz americana del grupo Amazon a favor de su filial luxemburguesa a los efectos del desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico. Tal transferencia de intangibles se realizó con arreglo a un «acuerdo de reparto de costes» (ARC), en el marco de una operación de reestructuración internacional.

Palabras clave: precios de transferencia, acuerdos de reparto de costes, transferencia de intangibles y reestructuraciones de grupos multinacionales.

Fecha de entrada: 06-04-2017 / Fecha de aceptación: 26-04-2017 / Fecha de revisión: 08-05-2017

THE US TAX COURT RULING IN AMAZON: A LEADING CASE ON TRANSFER PRICING LITIGATION RELATED TO INTANGIBLE ASSETS AND DIGITAL ECONOMY

José Manuel Calderón Carrero

ABSTRACT

This paper analyzes the recent US Tax Court ruling in the Amazon case, which constitutes an important leading case on transfer pricing. The Tax Court ruling addresses a good number of key issues relating to the valuation of intra-group transactions involving the transfer of intangible assets, as those that were carried out between the US parent company of the Amazon group and its Luxembourg subsidiary for the purposes of the development of the European e-commerce platform. Such transfer of intangibles was carried out under a «cost sharing agreement» (CSA) in the context of an international business restructuring operation.

Keywords: transfer pricing, cost sharing arrangements, transfer of intangibles and restructuring of multinational enterprises.

Sumario

1. Consideraciones preliminares
2. Síntesis de las principales cuestiones resueltas por la US Tax Court en el caso Amazon
3. Precisiones sobre los antecedentes de hecho del caso Amazon
4. La decisión de la US Tax Court en el caso Amazon
 - 4.1. Principios generales establecidos por la Tax Court en relación con los ajustes de precios de transferencia sobre acuerdos de reparto de costes
 - 4.2. Posición de la Tax Court sobre la metodología empleada por el IRS para ajustar el «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA por la transferencia de intangibles desarrollados por Amazon US
 - 4.3. Posición de la Tax Court sobre la metodología empleada por el contribuyente para valorar el «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA por la transferencia de intangibles desarrollados por Amazon US
5. Algunas reflexiones al hilo de la sentencia de la US Tax Court en el caso Amazon

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente estudio tiene por objeto exponer las principales aportaciones que pueden extraerse de la Sentencia de 23 de marzo de 2017, dictada por la US Tax Court en el caso Amazon¹, la cual constituye, a nuestro juicio, un importante precedente en materia de *transfer pricing*. En esta sentencia, el referido tribunal americano se pronuncia esencialmente sobre una serie de aspectos centrales referidos al análisis y valoración de un conjunto de operaciones intragrupo de transferencia de activos intangibles (tecnológicos, de marketing e información comercial) que fueron realizadas en su día por parte de la matriz americana del grupo Amazon a favor de su filial luxemburguesa a los efectos del desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico. Tal transferencia de intangibles se llevó a cabo con arreglo a un «acuerdo de reparto de costes» (ARC/CSA), en el marco de una operación de reestructuración internacional.

El interés y valor de este precedente supera la dimensión específica referida a los ARC, ofreciendo una serie de «lecciones» sobre la práctica internacional de *transfer pricing valuation & litigation*, particularmente en lo que se refiere a la aplicación del *arm's length* respecto de modelos de negocio propios de la economía digital desarrollados por empresas multinacionales.

2. SÍNTESIS DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES RESUELTAS POR LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

En el año 2005 la matriz del grupo americano Amazon y sus filiales americanas (Amazon US, en adelante), por un lado, y su filial luxemburguesa, Amazon Europe Holding Technologies SCS (AEHT, en adelante), por otro, concluyeron un «acuerdo de reparto de costes» (*cost sharing arrangement*, CSA en adelante).

A través de este acuerdo (CSA), la matriz Amazon US transfirió a AEHT derechos sobre una serie de activos intangibles previamente desarrollados por tal entidad americana, lo cual determinó un «pago de entrada» o *buy-in payment* por importe de 254.5 millones de dólares por parte de la referida filial luxemburguesa en relación con los mencionados *pre-existing intangibles* referidos a la tecnología, *software*, marcas y dominios, e información comercial necesaria para el desarrollo de la plataforma europea de negocio *online*.

Igualmente, el CSA establecía que la entidad AEHT debía realizar pagos anuales para compensar a Amazon US por los costes de desarrollo de intangibles (*ongoing intangible development*

¹ *Amazon.com, Inc. & Subsidiaries, Petitioner v. Commissioner of Internal Revenue, Respondent*; 148 TC n.º 8, Docket n.º 31197-12, Filed March 23, 2017. La sentencia tiene valor como precedente, ya que no constituye un *Tax Court Memo* que no tiene tal valor. *Vid.*: SALTZMAN, *IRS Practice and Procedure*, WGL, Boston, Chapter 1-30 y ss.

costs, IDC en adelante) en los que incurría con posterioridad a su participación en el CSA, en la medida en que tales actividades beneficiaran a la referida filial.

El IRS (*Internal Revenue Service*) de EE. UU., en el marco de un procedimiento de inspección, llevó a cabo varios ajustes de precios de transferencia ex Sec. 482 del IRC (*Internal Revenue Code*) que, básicamente, cuestionaban tanto la valoración realizada por el contribuyente en relación con el «pago de entrada» o «*CSA buy-in payment*», como la base de imputación de los pagos anuales con la que debía contribuir la filial luxemburguesa (AEHT) al entender que no incluía todos los costes de desarrollo de los intangibles (IDC) que beneficiaban a tal filial.

El ajuste de precios de transferencia realizado por el IRS se refirió al «*CSA buy-in payment*», de suerte que la Administración tributaria americana aplicando el método de «descuento de flujos de caja» (DCF) determinó un «pago de entrada» de la filial por importe de 3.6 mil millones de dólares, que más tarde se redujo a 3.468 billion.

Amazon US argumentó que la metodología utilizada por el IRS era muy similar a la que ya había sido rechazada por la US Tax Court en el caso *Veritas Software v. Commissioner*². Asimismo, el contribuyente argumentó que, de acuerdo con los hechos y circunstancias del caso refrendados por testimonios de un buen número de expertos técnicos, el ajuste del IRS resultaba arbitrario y no razonable, en tanto que la metodología valorativa utilizada (*comparable uncontrolled transaction*, CUT en adelante) por su parte para fundamentar el valor de mercado constituía el *best method* para calcular el *buy-in payment* con arreglo al *arm's length principle* recogido en la Sec. 482 IRC.

En la misma línea, Amazon US defendió la razonabilidad de su modelo de imputación de costes de desarrollo de intangibles a partir de una determinada categorización de los «cecos».

La Tax Court básicamente se alineó con la posición del contribuyente, en consonancia con su precedente (*Veritas Software*), de manera que la sentencia estableció lo siguiente:

- 1.º La redeterminación realizada por el IRS del importe del «pago de entrada» al CSA por parte de AEHT fue arbitraria, caprichosa y no razonable.
- 2.º La metodología empleada por el contribuyente –el CUT–, con determinadas correcciones, constituye el «mejor método» para determinar el valor de mercado del «pago de entrada» respecto del conjunto de intangibles (tecnológicos, *software*, marcas y dominios, e información comercial/*customer information*) transferidos por la matriz a la filial luxemburguesa para el desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico (*EU website business*).
- 3.º El IRS abusó de su potestad administrativa al imputar el 100% del ceco «*Technology and Contents*» como IDC, de suerte que el modelo de imputación de costes

² *Veritas Software v. Commissioner*, 133 TC 297 (2009); esta sentencia fue objeto de apelación por el IRS ante la US Court of Appeals for the Ninth Circuit el 19 de febrero de 2016 y en tal sentido no es firme.

costs, IDC en adelante) en los que incurría con posterioridad a su participación en el CSA, en la medida en que tales actividades beneficiaran a la referida filial.

El IRS (*Internal Revenue Service*) de EE. UU., en el marco de un procedimiento de inspección, llevó a cabo varios ajustes de precios de transferencia ex Sec. 482 del IRC (*Internal Revenue Code*) que, básicamente, cuestionaban tanto la valoración realizada por el contribuyente en relación con el «pago de entrada» o «*CSA buy-in payment*», como la base de imputación de los pagos anuales con la que debía contribuir la filial luxemburguesa (AEHT) al entender que no incluía todos los costes de desarrollo de los intangibles (IDC) que beneficiaban a tal filial.

El ajuste de precios de transferencia realizado por el IRS se refirió al «*CSA buy-in payment*», de suerte que la Administración tributaria americana aplicando el método de «descuento de flujos de caja» (DCF) determinó un «pago de entrada» de la filial por importe de 3.6 mil millones de dólares, que más tarde se redujo a 3.468 billion.

Amazon US argumentó que la metodología utilizada por el IRS era muy similar a la que ya había sido rechazada por la US Tax Court en el caso *Veritas Software v. Commissioner*². Asimismo, el contribuyente argumentó que, de acuerdo con los hechos y circunstancias del caso refrendados por testimonios de un buen número de expertos técnicos, el ajuste del IRS resultaba arbitrario y no razonable, en tanto que la metodología valorativa utilizada (*comparable uncontrolled transaction*, CUT en adelante) por su parte para fundamentar el valor de mercado constituía el *best method* para calcular el *buy-in payment* con arreglo al *arm's length principle* recogido en la Sec. 482 IRC.

En la misma línea, Amazon US defendió la razonabilidad de su modelo de imputación de costes de desarrollo de intangibles a partir de una determinada categorización de los «cecos».

La Tax Court básicamente se alineó con la posición del contribuyente, en consonancia con su precedente (*Veritas Software*), de manera que la sentencia estableció lo siguiente:

- 1.º La redeterminación realizada por el IRS del importe del «pago de entrada» al CSA por parte de AEHT fue arbitraria, caprichosa y no razonable.
- 2.º La metodología empleada por el contribuyente –el CUT–, con determinadas correcciones, constituye el «mejor método» para determinar el valor de mercado del «pago de entrada» respecto del conjunto de intangibles (tecnológicos, *software*, marcas y dominios, e información comercial/*customer information*) transferidos por la matriz a la filial luxemburguesa para el desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico (*EU website business*).
- 3.º El IRS abusó de su potestad administrativa al imputar el 100% del ceco «*Technology and Contents*» como IDC, de suerte que el modelo de imputación de costes

² *Veritas Software v. Commissioner*, 133 TC 297 (2009); esta sentencia fue objeto de apelación por el IRS ante la US Court of Appeals for the Ninth Circuit el 19 de febrero de 2016 y en tal sentido no es firme.

utilizado por el contribuyente, con ciertos ajustes, constituye una base razonable para realizar tal asignación de costes a los IDC.

3. PRECISIONES SOBRE LOS ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO AMAZON

A efectos de contextualizar las operaciones de transferencia de intangibles que formaron parte del CSA firmado en el año 2005 entre Amazon US y la entidad AEHT y fijar los hechos y circunstancias del caso, resulta conveniente completar los antecedentes referidos con otra serie de detalles recogidos en la propia sentencia de la Tax Court, aunque no podemos menos que advertir que se trata de una mera síntesis que no pretende exponer exhaustivamente el rico y complejo sustrato fáctico del caso. Así, nos limitamos a destacar una serie hechos y circunstancias que consideramos ayudan a entender mejor el caso:

- Amazon US desde su constitución hasta 2005 era titular de la propiedad intelectual (intangibles tecnológicos) que fue «transferida» a través del CSA (2005) a la entidad AEHT.
- El CSA incluía dos fórmulas de compensación por parte de la entidad AEHT a Amazon US: a) un «pago de entrada» (*buy-in payment* de 254.5 millones \$ a pagar en 7 años) correspondiente a los intangibles desarrollados por Amazon US hasta el año 2005 que fueron transferidos a la entidad AEHT; y b) los pagos anuales que debía realizar la entidad AEHT a Amazon US por los costes de desarrollo (IDC) de los intangibles incurridos con posterioridad a la firma del CSA.
- Los intangibles transferidos con arreglo al CSA por Amazon US a la entidad AEHT durante los años 2005-2006 (cubiertos por el «pago de entrada») fueron agrupados en tres grupos desde el plano transaccional, a saber:
 - a) Intangibles tecnológicos: el *software* y la tecnología para la operación de los *websites*, «*fulfillment centers*» y las actividades comerciales relacionadas con el desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico de AEHT.
 - b) Intangibles de marketing, incluyendo marcas y nombres comerciales, y nombres de dominio relevantes para el negocio europeo.
 - c) Intangibles comerciales: las listas de clientes y otra información comercial relevante de la clientela europea.
- El objeto final de la controversia o litigio planteado ante la Tax Court, tras alcanzar un acuerdo sobre otros aspectos de las operaciones comprendidas en el CSA³, se

³ Cabe destacar, a su vez, como la US Tax Court, durante el proceso judicial, por un lado, aceptó el requerimiento de protección de la confidencialidad de la documentación presentada por Amazon, considerando la necesidad de pre-

limitó a dos aspectos: a) la determinación del valor de mercado del «pago de entrada» que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US por la transferencia de los referidos intangibles, y b) la correcta fijación de los costes anuales de desarrollo de los intangibles (IDC) que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US.

En relación con la determinación del valor de mercado del «pago de entrada» que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US por la transferencia de los referidos intangibles, el contribuyente y el IRS mantenían posiciones encontradas respecto de la metodología valorativa que resultaba aplicable a los efectos de la fijación de la base imponible del IS de Amazon US:

- Básicamente, el contribuyente defendió un enfoque y metodología de precios de transferencia que pasaba por los siguientes elementos:
 - Enfoque transaccional (no agregado) a efectos de determinar el valor de mercado correspondiente a cada grupo de intangibles: a) intangibles tecnológicos relacionados con la plataforma comercio electrónico o *licence agreement* (valor entre 117 y 182 millones \$), b) intangibles de marketing o *assignment agreement* (valor entre 115 y 165 millones \$)⁴, y c) información comercial sobre clientes (parte del *assignment agreement*) (valor entre 52 y 66 millones \$).
 - Utilización de una vida útil de los intangibles definida o limitada (7 años respecto de los intangibles tecnológicos).
 - Aplicación del método CUT sobre la base de comparables internos y externos⁵ (dependiendo del caso)⁶.
- La Administración tributaria norteamericana, por su parte, defendió un enfoque y metodología de precios de transferencia que pasaba por los siguientes elementos:

servar secretos industriales y comerciales de la compañía; por otro lado, el tribunal estimó el recurso planteado por Amazon frente al requerimiento de la otra parte de comparecencia y testimonio del CEO de Amazon, estableciendo que tal comparecencia impone una carga excesiva a tal persona considerando en particular como ya habían testificado 15 ejecutivos que poseían el mismo nivel de información a los efectos solicitados. *Vid.*: BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision. Is it the Death Knell of the Income Method and Inclusion of Employee Stock Compensation for Cost Sharing Agreement Valuation?», *Kluwer International Tax Blog*, March 24, 2017.

⁴ Nótese que las filiales europeas del grupo Amazon ostentaban, antes de la reestructuración, determinados derechos de propiedad intelectual (marcas comerciales y nombres de dominio) a nivel local, las cuales fueron transferidas al *headquarter regional* (AEHT) en el marco de esta reorganización por importe global de 5 millones de dólares (pág. 26 de la sentencia de la US Tax Court en Amazon).

⁵ El contribuyente utilizó referencias de operaciones comparables (internos) realizados con terceros independientes (WalMart, Sears, Barnes & Noble, Marks & Spencer) donde Amazon prestaba servicios de tecnología de comercio electrónico utilizando la tecnología y activos intangibles similares a los que fueron objeto de transferencia vía CSA.

⁶ Cabe mencionar que la documentación de precios de transferencia de Amazon elaborada por Deloitte utilizaba la metodología de residual *profit split* (a partir de una estimación de flujos de caja futuros) respecto de la valoración del *buy-in payment*, pero durante el proceso judicial se utilizó un CUT para defender el valor de mercado de tal «pago de entrada».

- Enfoque agregado a efectos de determinar el valor global de mercado correspondiente al conjunto de intangibles, incluyendo además otros «activos» (*workforce in place, goodwill*), como si se tratara de la transmisión de un negocio en funcionamiento (*going concern valuation approach, CSA as akin to a sale or geographic spinoff of the US parent's international business*); el método de valoración, además, debía compensar a Amazon US por el *re-search value* presente en los intangibles preexistentes en el momento de su transferencia con arreglo al CSA.
- Utilización de una vida útil indefinida de los intangibles.
- Aplicación del método de valoración de «Descuento de flujos de caja» (DCF).

En relación con la correcta fijación de los costes anuales de desarrollo de los intangibles (IDC) que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US, el contribuyente y el IRS también discreparon sobre determinados aspectos de la metodología valorativa que resultaba aplicable a los efectos de la fijación de la base imponible del impuesto sobre sociedades de Amazon US:

- Básicamente, el contribuyente defendió un modelo multifásico de identificación, clasificación y asignación de los costes de desarrollo de los intangibles comprendidos en el CSA, a partir de cecos. La discrepancia se refiere a un importante ceco (*Technology and Content, T&C*), inicialmente no incluido en la base de costes a repartir con arreglo al CSA, y que la Administración consideraba imputable en su totalidad, en tanto que el contribuyente entendía que solo la mitad de tales costes de T&C eran imputables a los IDC. Asimismo, se planteó en este contexto si la *stock-based compensation* referida a los empleados cuyo «coste laboral» formaba parte de los cecos identificados como IDC debía o no formar parte de la base de costes a repartir con arreglo al CSA, cuestión que la Tax Court ya decidió en sentido negativo en la sentencia *Veritas Software* (ya citada)⁷.

Las operaciones de transferencia de intangibles enmarcadas en el CSA y realizadas entre Amazon US y la filial luxemburguesa AEHT fueron debidamente «causalizadas» por parte del contribuyente, de suerte que la sentencia de la Tax Court refleja de forma amplia el conjunto de evidencias sobre las distintas razones de negocio que motivaron el desarrollo centralizado de una plataforma europea de comercio electrónico situada en el territorio de un Estado miembro. De esta

⁷ Existen otros pronunciamientos de tribunales norteamericanos rechazando la integración de los costes de las opciones sobre acciones de los empleados incluidos en los centros de coste que desarrollan actividades de I+D+i cubiertas por el acuerdo de reparto de costes, atendiendo fundamentalmente a las evidencias presentadas por los contribuyentes en el sentido de que se trata de costes que partes independientes que realizan operaciones similares (acuerdos de desarrollo conjunto de intangibles) no comparten (véanse los casos *Xilinx v. Comm'r*, 598 F. 3 d. 1191 (9th Cir. 2010); *Altera v. Comm'r*, 145 TC n.º 3, Docket n.º 6253-12, 9963-12 (July 27, 2015); y *Medtronic v. Comm'r*, TC Memo 2016-112, Docket n.º 6944-11 (June 9, 2016). En relación con esta jurisprudencia en conexión con el caso *Amazon*, vid.: BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision...», *op. cit.*

forma, el tribunal americano, a la hora de enjuiciar el caso, parte de la base de que la transferencia de los intangibles a través del CSA está fundamentada en *sólidas razones de negocios* que no resultan afectadas por el hecho de que se eligiera una jurisdicción fiscal de conveniencia para la localización de la filial europea que desarrollaría la plataforma de comercio electrónico en Europa.

A su vez, cabe añadir que la sentencia deja constancia de que la referida filial luxemburguesa tenía *sustancia económica* en términos de medios humanos y materiales, incluso con anterioridad a la firma del CSA, y que el grupo Amazon ya operaba en el año 2015 en tres mercados europeos (Alemania, Reino Unido y Francia) a través de filiales (que operaban bajo un esquema de comisionistas), que desarrollaban el negocio de forma muy local y con escaso nivel de coordinación, todo lo cual generaba ineficiencias y problemas (*v. gr., latency*) relacionados con el desarrollo del negocio en los mercados europeos afectando negativamente al desempeño de los «tres pilares básicos» del modelo de negocio (*selection, price and convenience*) dañando la propia reputación de la empresa frente a los consumidores en un entorno altamente competitivo (*competition is literally one click away*).

En este sentido, el CSA se presenta como una pieza más de una *operación global de reestructuración* del grupo Amazon en Europa, a efectos de crear un «*headquarter & holding regional*» (AEHT) que centralizara y coordinara una serie de funciones esenciales para el desarrollo del negocio en los distintos mercados europeos. Tras la referida reestructuración, la entidad AEHT asumió el papel funcional que venía desempeñando Amazon US respecto de las filiales europeas, y en tal sentido desarrolló funciones activas de sociedad *holding*, propietaria del inventario vendido en Europa, licenciante de intangibles, prestadora de los servicios de alojamiento de los servidores y *call centers*, en tanto que las filiales europeas comenzaron a prestar servicios a la entidad luxemburguesa (AEHT), en lugar de a la matriz americana Amazon US, como acontecía con anterioridad a la reestructuración. La evolución posterior del negocio europeo de Amazon puso de relieve el desarrollo de nuevos productos y mercados impulsados por las funciones desarrolladas por AEHT, es decir, una contribución de valor relevante al desarrollo del negocio de Amazon en Europa consistente con el role operativo y funcional de tal entidad.

Durante el procedimiento judicial se pusieron igualmente de manifiesto otra serie de evidencias –algunas de ellas a través de testimonios de expertos– relativas al desarrollo y cambios en el modelo de negocio *online* en los mercados europeos, el nivel de competencia y la rápida evolución de la tecnología y el *software* y sus implicaciones respecto de las actividades de innovación del grupo y la propia vida útil (definida o limitada) de los activos intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de venta *online*.

4. LA DECISIÓN DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

El tribunal americano analizó los argumentos esgrimidos por el contribuyente (US Amazon) que se oponía a la regularización de precios de transferencia realizada por el IRS en relación con la valoración del «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA (2005) y la base de

costes anuales de desarrollo de intangibles (IDC) que debía ser objeto de reparto, en los términos antes expuestos. Amazon US alegó que el IRS había abusado de la potestad de *profit allocation* que establecía la Sec. 482 IRC, de manera que el ajuste era arbitrario, caprichoso o no razonable.

La Tax Court, como ya indicamos más arriba, estimó en gran medida el recurso de Amazon US, confirmando el carácter arbitrario o no razonable del ajuste de precios de transferencia realizado, en línea con la posición adoptada en el precedente *Veritas Software*. No obstante, la sentencia introduce correcciones relevantes en la metodología valorativa utilizada por el contribuyente, poniendo de manifiesto como los casos de precios de transferencia, además de ser intensivamente fácticos, no se enjuician a partir de enfoques de *all-or-nothing*.

Las principales ideas-forza que, a nuestro juicio, pueden extraerse del pronunciamiento de la Tax Court son expuestas a continuación.

4.1. PRINCIPIOS GENERALES ESTABLECIDOS POR LA TAX COURT EN RELACIÓN CON LOS AJUSTES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA SOBRE ACUERDOS DE REPARTO DE COSTES

- Según la Tax Court, los ajustes de precios de transferencia que prevé la regulación de *cost-sharing arrangements* únicamente están permitidos en dos casos, a saber: a) para garantizar que se realice un pago de entrada con arreglo al principio de plena competencia por los intangibles preexistentes, y b) para verificar que cada participante pague su parte correspondiente de los costes de desarrollo de intangibles (IDC)⁸.
- El método de la operación libre comparable (CUT), existiendo comparables suficientemente fiables, constituye el *best method* para valorar los «pagos de entrada» en un CSA, rechazando la aplicación de la metodología de valoración agregada de la transferencia de empresa en funcionamiento a través de un DCF.
- El método de la operación libre comparable (CUT) debe ser aplicado en relación con cada una de las operaciones de cesión de intangibles, sin que sea correcta una metodología de valoración agregada de acuerdo con los hechos y circunstancias presentes en los casos *Amazon* y *Veritas Software*.

⁸ La doctrina americana puso de relieve como esta limitación de la potestad de la Administración tributaria en relación con los ajustes o correcciones sobre acuerdos de repartos de costes tuvo como principal efecto la utilización de este mecanismo para realizar migraciones en masa de intangibles por parte de las MNE americanas. Esta percepción general y del propio Departamento del Tesoro de EE. UU. de que los ARC constituían una suerte «*a loophole in the fabric of the transfer pricing regime*» provocó, además de varias modificaciones de tal regulación específica, una reacción dirigida a aplicar *de facto* en este contexto la regulación general de *transfer pricing*, lo cual ha generado un importante grado de litigación con resultados poco favorables para las autoridades fiscales americanas. *Vid.*: LEV, A.: «Offshore Migration of US Intellectual Property: an Unintended effect of transfer pricing regulations», *TNI*, vol. 28, n.º 3, 2002, págs. 284 y ss.

- No se acepta una vida útil indefinida de los intangibles transferidos, considerándose que los «intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de comercio electrónico» tienen una vida útil de 7 años.

4.2. POSICIÓN DE LA TAX COURT SOBRE LA METODOLOGÍA EMPLEADA POR EL IRS PARA AJUSTAR EL «PAGO DE ENTRADA» DE LA ENTIDAD AEHT EN EL CSA POR LA TRANSFERENCIA DE INTANGIBLES DESARROLLADOS POR AMAZON US

- El tribunal rechaza la posición y testimonios presentados que asignan una vida útil indefinida a los activos intangibles preexistentes que fueron transferidos por Amazon US con arreglo al CSA.
- La Tax Court no acepta la calificación global de las operaciones de transferencia de intangibles realizadas con arreglo al CSA como una venta de negocio en funcionamiento (*CSA as akin to a sale or geographic spinoff of the US parent's international business*), que debe ser objeto de valoración conjunta (*aggregate valuation approach*) de acuerdo con una técnica de valoración de empresas (DCF, descuento de flujos de caja: *buy-in payment as equal to the present value of the royalty payments estimated in step 1, discounted at the rate determined in step 2*).
- No se acepta una vida útil indefinida de los intangibles transferidos, considerándose que los «intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de comercio electrónico» tienen una vida útil de 7 años. Ello excluye una metodología DCF basada en la vida útil indefinida de los intangibles, ya que no se limitaría a capturar el valor atribuible a los intangibles preexistentes al CSA desconociendo que el «pago de entrada» convierte a la entidad AEHT en «copropietario» de tales activos con arreglo al CSA. El coste de desarrollo de estos intangibles (IDC) no puede formar parte del *buy-in payment* sino en su caso del reparto de costes anual *ex post*. Tal posición también se rechazó considerando la sustancia económica de la entidad AEHT (disponer de activos tangibles e intangibles propios, así como de mano de obra cualificada) y su capacidad (operativa y funcional) para contribuir a desarrollar intangibles autogenerados o preexistentes.
- La valoración agregada de la operación (a través de un método DFC), calificada como una transmisión de negocio en funcionamiento, supone computar elementos que no constituyen «*pre-existing intangibles*», esto es, *residual business assets* (v. gr., *workforce in place, going concern value, goodwill, growth options*)⁹, y en tal sentido tal meto-

⁹ El tribunal consideró, por un lado, que la Sec. 936 (h)(3)(B) IRC no incluye el fondo de comercio extranjero, el valor de una empresa en funcionamiento o del capital humano de una entidad, toda vez que tales activos no poseen un valor

dología no es acorde con las *US Treasury Regulations*¹⁰. A su vez, el tribunal, en línea con su posición en los casos *Veritas Software* y *Guidant LLC v. Comm'r*¹¹, rechazó tal metodología basada en un enfoque de agregación, ya que no contribuye a fijar de forma razonablemente fiable el valor de mercado del pago de entrada por los intangibles preexistentes en el marco de un CSA. A este respecto, resulta relevante destacar como la Tax Court rechazó que este enfoque valorativo pudiera fundamentarse en la regla de las «alternativas realistas disponibles», toda vez que el IRS argumentó que una entidad independiente hubiera preferido mantener la titularidad de todos los intangibles a una operación como la realizada a través del CSA que daría acceso a un competidor a las «joyas de la corona», de suerte que el análisis valorativo que captura el valor de esta alternativa realista pasa por estimar los flujos futuros de caja del negocio europeo de Amazon. La Tax Court rechazó de plano tal posición, considerando, por un lado, que la correcta aplicación de la regulación de CSA permite determinar un valor de mercado adecuado a los efectos del cumplimiento del principio de plena competencia, y, por otro, que el IRS, con arreglo a las *US Treas. Regs.*, solo puede reestructurar las operaciones realizadas por los contribuyentes cuando la estructura carece de «sustancia económica»¹², aspecto que no fue cuestionado por la Administración. Por tanto, la correcta utilización de las categorías e instrumentos establecidos por la normativa de precios de transferencia (v. gr., un ARC/CSA) en el marco de operaciones dotadas de sustancia económica, limita de forma muy relevante enfoques de regularización alternativos como los basados en las alternativas realistas disponibles¹³ o el no reconocimiento de las operaciones (que ya ha sido cercenado considerablemente

independiente de los servicios de cualquier persona, tal y como exige la regulación aplicable. Por otro lado, la Tax Court también indicó que incluso si pudiera llegar a aceptarse que el fondo de comercio extranjero constituía un intangible a los efectos de la aplicación del pago de entrada del ARC, tal intangible habría sido desarrollado sustancialmente por las filiales europeas de Amazon y no por la matriz. Cabe apuntar como la posición del tribunal americano sobre la naturaleza del fondo de comercio (y el *going concern value*) coincide a grandes rasgos con la que ha quedado reflejada en el Informe BEPS (2015), Acciones 8-10 (paras. 6.27-6.29), en el sentido de que la OCDE no llega a identificar el fondo de comercio como un activo intangible autónomo a efectos de *transfer pricing*, pero se requiere tener en cuenta su valor a efectos de la determinación de una contraprestación de mercado de las operaciones (ventas de bienes o prestaciones de servicios) sobre las que puede proyectarse o tener influencia.

¹⁰ Sec. 1.482-4 (b)(6) *US Treas. Regs.* Nótese que en el año 2009 el Departamento del Tesoro norteamericano publicó «*temporary cost sharing regulations*» (finalizadas en 2011) que superaban el enfoque de la regulación previa que limitaba el «pago de entrada» a los «*pre-existing intangibles*», integrando ahora «*platform contribution transactions*» que incluyen otros elementos en la valoración (*workforce, goodwill value*). Tal regulación no aplica al caso y el tribunal rechazó su retroactividad vía enfoques alternativos como los desarrollados por el IRS. En relación con la evolución de la normativa norteamericana relativa a los *cost sharing arrangements*, vid.: KUNTZ y PERONI: *US International Taxation*, WGL, Boston, 2013, vol. 1, A.3.07.5; y BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision...», *op. cit.*

¹¹ 146 TC 60, 82-83 (2016).

¹² Véase, en este sentido, el caso *Claymont Invs., Inc. v. Comm'r*, TC Memo 2005-254, 90 TCM (CCH) 462, 467.

¹³ CANALE *et aliter*: «US Tax Court holds IRS was arbitrary, capricious and unreasonable in determining Amazon subsidiary's buy-in-payment», *International Tax Alert*, EY, 28 March 2017.

en el Informe Final [2015], Acciones 8-10 de BEPS)¹⁴. La misma conclusión aplica a toda operación intragrupo (incluidas las reestructuraciones) dotada de sustancia económica y sólidas razones de negocios.

4.3. POSICIÓN DE LA TAX COURT SOBRE LA METODOLOGÍA EMPLEADA POR EL CONTRIBUYENTE PARA VALORAR EL «PAGO DE ENTRADA» DE LA ENTIDAD AEHT EN EL CSA POR LA TRANSFERENCIA DE INTANGIBLES DESARROLLADOS POR AMAZON US

El tribunal aceptó la metodología CUT para valorar la transferencia de cada una de las tres categorías de activos intangibles que tuvo lugar con motivo de la firma del CSA con Amazon US (valoración del «pago de entrada» respecto de los intangibles preexistentes), pero no validó completamente todas las premisas sobre las que se construyó la valoración de manera que finalmente la sentencia sí establece correcciones o ajustes sobre la determinación de la base imponible de Amazon US.

La metodología CUT utilizada por el contribuyente para valorar el *buy-in payment* realizado por la entidad AEHT fue objeto de varias correcciones por parte de la Tax Court al hilo del debate técnico entre los expertos del IRS y de Amazon sobre la aplicación práctica de tal metodología en relación con la valoración de la transferencia de cada una de las categorías de intangibles:

- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de los intangibles tecnológicos:**
 - *Royalty rate*: el tribunal consideró varios comparables internos aportados por el contribuyente, y determinó la necesidad de realizar varios ajustes de comparabilidad al tratarse de «comparables imperfectos»; a su vez, la Tax Court consideró más adecuado tomar en consideración una serie de contratos comparables en lugar de adoptar un *royalty rate* basado en un único contrato. Finalmente, se rechazó un ajuste de comparabilidad basado en el volumen de ventas, ya que las evidencias presentadas (contratos comparables internos) eran contradictorias, de manera que la Tax Court estableció que un *flat royalty rate* sobre ventas *online* resultaba adecuado para valorar la cesión de intangibles tecnológicos.
 - *Vida útil de los activos intangibles tecnológicos*: el tribunal rechazó el enfoque de vida útil indefinida y aceptó los testimonios de los expertos que la fijaban en 7 años.

¹⁴ *Vid.* a este respecto: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad Tributaria* (AEDAF), octubre 2016.

- «*Decay curve & tail period*»: la Tax Court validó, con pequeños ajustes, la curva de deterioro del *royalty rate* durante su vida útil (7 años) que presentó el experto de Amazon. El «valor residual» de los activos también fue ajustado siguiendo la posición de un experto del IRS.
 - *Revenue base*: la Tax Court aceptó la posición de los expertos en el sentido de que el momento de inicio del pago de los *royalties* (sobre ventas) a computar viene dado por el momento en que el «cesionario» (en el caso de un ARC/CSA el adquirente de los intangibles) comienza a obtener ingresos como consecuencia de la utilización de los intangibles transferidos.
 - *Tasa de descuento*: el tribunal básicamente aceptó la tasa de descuento del 18% correspondiente al WACC de Amazon, aplicando un *capital asset pricing model*.
- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de «intangibles de marketing»:**
 - El tribunal aceptó la aplicación del CUT sobre la base de comparables externos extraídos de la base de datos ktMine.
 - *Royalty rate*: el tribunal entró en el análisis de la comparabilidad de los distintos contratos aportados por las dos partes, y debatió sobre los elementos que afectaban a la comparabilidad excluyendo determinados contratos atendiendo no solo a las diferencias en los términos contractuales sino también tomando en consideración la «fuerza de ventas» de la marca, de forma que aquellos contratos de licencia de marcas cuya «fuerza de ventas» es de baja intensidad no se consideraron comparables a Amazon. Igualmente se consideró la oportunidad de realizar ajustes a la baja del ratio del *royalty* por volumen (*waterfall structures*), de suerte que la *Tax Court* también rechazó tal ajuste afirmando que los «*flat royalty rates*» son la norma en este tipo de contratos de licencia de intangibles de marketing.
 - *Vida útil de los activos intangibles*: el tribunal rechazó la posición del IRS que defendía su vida útil indefinida, de suerte que la mayoría de los expertos consultados se pronunció en sentido contrario, indicando que tal vida útil y valor de los intangibles de marketing (marcas) depende fundamentalmente de un conjunto de factores entre los que destaca las inversiones, gestión, marketing, publicidad y organización de ventas¹⁵; en este caso, además, existe una conexión entre el valor de la marca y el desarrollo de la tecnología de Amazon, dado que si los consumidores quedan insatisfechos por su «experiencia de compra», los

¹⁵ Estos factores de contribución de valor de los intangibles de marketing ya fueron reconocidos por la jurisprudencia americana (caso *Nestle Holdings v. Comm'r*, TC Memo. 1995-441, 70 TCM (CCH) 682, 696), y ahora aparecen reflejados en el Informe de las Acciones 8-10 de BEPS a través de las denominadas «*DEMPE functions*».

intangibles de marketing perderían valor rápidamente. A la vista de los distintos informes de los expertos, el tribunal consideró razonable la estimación de vida útil de 20 años para los intangibles de marketing transferidos.

- *Revenue base*: la Tax Court aceptó la posición de los expertos en el sentido de que el momento de inicio del pago de los *royalties* (sobre ventas brutas) a computar viene dado por el momento en que el «cesionario» comienza a obtener ingresos como consecuencia de la utilización de los intangibles transferidos.
- *European portfolio*: el contribuyente defendió que la mitad del valor de los intangibles de marketing comprendidos en el CSA se correspondía con intangibles ostentados por las filiales europeas de Amazon, antes de ponerse en marcha la reestructuración de la que formó parte el CSA (proyecto Goldcrest). Y en tal sentido, Amazon US argumentó que tal valor debía ser excluido del «pago de entrada». La sentencia refleja en este sentido como las filiales alemana y francesa de Amazon habían registrado determinadas marcas comerciales y nombres de dominio por su cuenta y riesgo a efectos de operar en los mercados locales. Amazon US, por tanto, defendió la propiedad legal de tales intangibles por parte de las filiales europeas, en tanto que el IRS argumentó que el verdadero titular de tales intangibles de marketing era Amazon US, ya que era la entidad que había realizado todas las inversiones y asumido todos los riesgos relacionados con la creación y desarrollo de los intangibles, de suerte que las US Treas. Regs.¹⁶ autorizaban a la Administración a asignar una relación contractual entre personas vinculadas de forma consistente con la sustancia de la transacción; en este sentido, el IRS argumentó igualmente que las filiales europeas de Amazon US actuaron en realidad como agentes de la matriz a la hora de registrar tales intangibles. La Tax Court rechazó todos los argumentos esgrimidos por el IRS. Así, por un lado, indicó que existían buenas razones de negocios (o motivos económicos válidos) que fundamentaban localizar la titularidad de los intangibles de marketing en las filiales europeas de Amazon, dado que, entre otras cosas, acontecía que la normativa alemana y francesa solo permitía a las entidades locales registrar nombres de dominio locales (v. gr., Amazon.de o Amazon.fr); y lo mismo acontecía en relación con el registro de marcas con arreglo al Protocolo de Madrid en materia de marcas comerciales, ya que en tal fecha EE. UU. no lo había ratificado y, por tanto, una entidad americana no podía invocarlo. Por otro lado, la Tax Court puso de relieve que las filiales europeas que habían registrado las marcas comerciales y nombres de dominio utilizaban tales intangibles de marketing para el desarrollo de su negocio, de suerte que tales entidades contaban con importantes

¹⁶ *US Treas. Regs.* 1.482-4 (f)(3)(ii)(A) y 1.482-1 (d)(3)(ii)(B)(2). Tal potestad de asignación del contrato de forma consistente con la sustancia económica de la transacción posee su reflejo en los principios establecidos en el Informe Final BEPS (2015) relativo a las Acciones 8-10, en particular cuando se refiere a la correcta delimitación de la operación en el marco del análisis funcional (véanse los puntos D.1 y D.2 del referido informe BEPS).

equipos comerciales que adaptaban la actividad y el negocio a las preferencias culturales, tradiciones, regulaciones, etc., propias de los consumidores de los mercados geográficos en los que operaban, asumiendo riesgos significativos de marketing dado que tales filiales operaban como «comisionistas» retribuidos en función de las ventas locales no existiendo garantía de obtener una remuneración derivada de sus actividades de marketing. Según la Tax Court, todo ello evidenciaba que las referidas filiales europeas no ostentaban tales marcas y dominios como meros agentes de la matriz. Así las cosas, la Tax Court se alineó con el contribuyente considerando que las filiales europeas de Amazon registraron y usaron los intangibles de marketing en el desarrollo activo de su negocio, ayudaron a desarrollar el valor de tales activos, y asumieron riesgos de marketing significativos, de manera que la «estructura de titularidad» de los mismos no carecía de sustancia económica. Una vez que se aceptó este enfoque, el tribunal americano entró a analizar la cuestión del valor que había que asignar a tales intangibles de marketing propiedad de las filiales europeas a efectos de su exclusión del *buy-in payment* del CSA. El modelo económico elaborado por el experto del contribuyente –que asignaba el 50% del valor de los intangibles de marketing a los intangibles en manos de las filiales europeas– fue rechazado por el tribunal, considerando que sus fundamentos no eran consistentes, ni la metodología fiable desde el plano valorativo; la Tax Court optó, siguiendo básicamente la posición del IRS, por apoyarse en la metodología utilizada por el propio contribuyente a la hora de justificar el valor de mercado de la transferencia de los intangibles de marketing por las filiales europeas a la entidad AEHT en el marco de la reestructuración, y en tal sentido estableció que el 25% de los intangibles de marketing transferidos en el marco del CSA debía ser asignado al «*European portfolio*».

- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de «información comercial»:**
 - La Tax Court abordó la valoración de estos intangibles consistentes en «información comercial valiosa» (*customer information*) referida a nombres, *emails*, números de teléfono, datos de tarjetas de crédito y su historial de compra *online*. Tal información comercial fue transferida por Amazon US a la entidad AEHT en el marco del CSA, habiendo sido valorada por el contribuyente con arreglo al método CUT, basado en comparables internos relativos a «*Associates and Syndicated Stores agreements*» concluidos por Amazon con terceros independientes de acuerdo con los cuales estos recibían una comisión (*referral fee ranged from 4 to 8% on sales*) por la remisión de información comercial de consumidores. Las partes discreparon de la mecánica en la aplicación del método, no así en lo que se refiere a los comparables. La Tax Court, considerando los testimonios de los expertos, aceptó la metodología utilizada por el contribuyente para valorar estos intangibles, aunque estableció algunos ajustes sobre la misma respecto de una serie de cuestiones, a saber:

- a) «Vida útil» de la información comercial: el tribunal se alineó con el experto que fundamentó el valor comercial de tal información durante 10 años.
- b) Valoración de otros elementos no incluidos en las «comisiones por ventas»: uno de los expertos argumentó que la determinación del valor de esta información comercial debía conectarse con otros elementos como la fuerza de la marca Amazon, y como la información comercial remitida por Amazon US a la entidad AEHT se refería a «clientes» ya fidelizados por la empresa que tenían más valor y potencial de compra. El tribunal rechazó tal enfoque, argumentando que el retorno de los consumidores a la plataforma de comercio electrónico de Amazon estaba vinculado esencialmente con su nivel de satisfacción con la ejecución de Amazon en relación con los tres pilares de su modelo de negocio (*selection, price and convenience*) y no únicamente con su «impresión» de la marca¹⁷; a su vez, se puso de relieve como los intangibles de marketing ya habían sido computados a los efectos de la valoración del «pago de entrada» en el CSA. La Tax Court validó, por tanto, la metodología (con los referidos ajustes), fijando el valor de mercado del pago de entrada en concepto de «intangibles comerciales» en 129 millones de dólares.

- **Posición de la Tax Court sobre los «Cost Sharing payments»:**

- La última cuestión controvertida examinada por el tribunal norteamericano versó sobre el reparto de costes de desarrollo de intangibles (IDC), una vez firmado el acuerdo de reparto de costes entre las entidades Amazon US y AEHT. Tal reparto debe hacerse atendiendo a factores que razonablemente reflejen la porción de beneficios esperados por cada participante. La fórmula de reparto basada en la cifra de negocios de las dos partes no fue objeto de controversia, limitándose esta, fundamentalmente, a determinar si el «ceco» (*Technology and Content*), no incluido en la base de costes (*cost pool*) a repartir con arreglo al CSA, resultaba o no imputable en su totalidad al CSA (tal y como postulaba el IRS) o, por tal contrario, tan solo la mitad de tal ceco resultaba imputable al CSA formando parte de los IDC (posición del contribuyente). El tribunal se alineó con el contribuyente a la vista de las evidencias presentadas fundamentando que el ceco T&C incluía significa-

¹⁷ Algunos autores han defendido la necesaria ponderación de los diferentes elementos que contribuyen al éxito de un negocio de distribución minorista a gran escala, en el sentido de que no puede atribuirse mecánicamente una prevalencia de los intangibles tecnológicos sobre los de marketing o comerciales, allí donde el desarrollo y explotación de los mismos está disociada en el marco de la cadena de valor. *Vid.*: SCHMID, A.: «Tax treatment of services: Does value of patents and technical know-how prevail over the value of marketing efforts?», *ITPJ*, January/February 2005, pags. 16 y ss.

tivos costes no relacionados con el desarrollo de los intangibles transferidos con arreglo al CSA. La Tax Court aceptó la fórmula propuesta por el experto de Amazon que establecía un criterio razonable de imputación de los costes integrados en el referido ceco (T&C) a la base de IDC que debía ser repartida entre las entidades Amazon US y AEHT.

5. ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

La sentencia de la Tax Court, a mi modesto entender, no puede ser considerada como un mero pronunciamiento o precedente extranjero sobre la aplicación del *arm's length* en relación con acuerdos de reparto de costes que carece de valor más allá de tal ámbito y regulación norteamericana.

Por el contrario, esta sentencia americana posee gran valor, al ofrecer una serie de «lecciones» (en sentido anglosajón) sobre la práctica internacional de «*transfer pricing valuation & litigation*».

Entre los aspectos que podrían ser destacados cabe mencionar, cuando menos, los siguientes:

- El papel determinante de la fijación de los hechos en los casos de precios de transferencia, tanto a efectos de realizar el delineamiento transaccional en el análisis funcional, como de cara a justificar ajustes de comparabilidad, o fundamentar la sustancia económica y razones de negocios de operaciones globales de reestructuración empresarial en las que concurren motivos fiscales de cierta relevancia¹⁸.
- Cómo la carga de la prueba sobre la correcta determinación del valor de mercado de las operaciones realizadas, con arreglo al *arm's length*, recae de forma compartida sobre la administración y los contribuyentes, de manera que cada parte debe fundamentar fáctica y técnicamente su posición sin poder limitarse a «deconstruir» o destruir la posición contraria. En este orden de cosas, cabe enfatizar la relevancia e intensidad con la que se emplean testimonios de expertos técnicos en la práctica procesal norteamericana, a efectos de valorar los hechos, soportar afirmaciones técnicas o fundamentar criterios económicos. En el caso Amazon el contribuyente utilizó 18 expertos y la administración 12, de suerte que el debate procesal y la

¹⁸ Este aspecto también ha sido destacado por los comentaristas que ponen de relieve cómo Amazon logró aportar evidencias más sólidas en relación con las premisas sobre las que se fundamentaban sus posiciones fiscales y metodología valorativa. Por ejemplo, Amazon acreditó como el nuevo *software* se desarrolló prácticamente desde cero, lo cual echó por tierra el planteamiento de fondo del IRS que construyó su metodología partiendo de la base de que los intangibles tecnológicos se desarrollaban en cadena o evolutivamente, lo cual posee evidentes implicaciones respecto de los costes de creación de valor, titularidad y vida útil. Igualmente, Amazon logró acreditar la importancia de contribución de valor a la creación y desarrollo de intangibles (fondo de comercio e intangibles de marketing) por parte de las filiales europeas del grupo Amazon. *Vid.*: SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *TNI*, April, 17, 2017, pág. 192.

decisión judicial finalmente adoptada sobre un buen número de aspectos técnicos se fundamentó en alguna de las opiniones o testimonios de los expertos que aportaron los correspondientes criterios que permitieron al tribunal adoptar posiciones fundamentadas de forma más sólida¹⁹. Es más, podría llegar a afirmarse que, en determinado tipo de casos, la existencia de reglas procesales que admiten abiertamente el uso de este tipo de elementos probatorios determina la estrategia procesal de defensa en favor de procedimientos judiciales domésticos en lugar de acudir a mecanismos internacionales de resolución de controversias (MAP/Arbitraje ex CDI), donde tales aportaciones no tienen tan fácil encaje. En este sentido, podría decirse que esta sentencia enseña una fórmula para mejorar el debate procesal en materia de valoración de precios de transferencia²⁰, aunque también pone de relieve su elevado nivel de complejidad técnica que, en ocasiones, puede afectar a la «igualdad de armas» en este tipo de contiendas (que no solo enfrentan a autoridades fiscales y contribuyentes, sino también a Administraciones tributarias de distintos países que no siempre poseen los mismos medios y capacidad técnica)²¹.

- La sentencia de la Tax Court aporta igualmente fundamentos técnicos de gran relevancia para la práctica actual (post-BEPS) en materia de precios de transferencia, particularmente respecto de operaciones con intangibles. En este orden de cosas, cabe destacar, por ejemplo, los principios establecidos en relación con las siguientes cuestiones técnicas que afectan a la valoración de la transferencia y licencia de uso de intangibles: a) el método más adecuado para valorar complejas operaciones de transferencia de intangibles (el *comparable uncontrolled transaction method* o CUT en este caso)²²; b) la correcta utilización de comparables internos y externos,

¹⁹ Algunos autores han puesto de relieve como la falta de coordinación técnica de los testimonios de expertos aportados por el IRS debilitó considerablemente las posiciones mantenidas por la Administración al revelar inconsistencias (*vid.*: KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», 60 *DTR* K-1, Bloomberg BNA, 03/30/2017, pág. 1).

²⁰ En parecidos términos, *vid.*: MARTINS, A.: «Witness Testimony in Transfer Pricing Litigation», *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2017, págs. 32 y ss. En España, cabe apuntar como cada vez con más frecuencia se admiten testimonios de expertos en materia de precios de transferencia, de suerte que en algunos casos su participación ha sido relevante (STS de 31 de mayo de 2016, caso Peugeot, rec. núm. 58/2015 [NFJ062977]), en tanto que en otros prácticamente no se tuvo en cuenta (SAN de 16 de julio de 2015, caso Cadbury Schweppes, rec. núm. 267/2012 [NFJ060631], la cual fue posteriormente anulada por la STS de 21 de febrero de 2017, rec. núm. 2970/2015 [NFJ065744]).

²¹ De hecho, tal diferencial de capacidad técnica y *expertise* constituye uno de los principales argumentos esgrimidos por las autoridades de países en desarrollo para oponerse a la articulación convencional de mecanismos de resolución de controversias como el arbitraje fiscal internacional. *Vid.*: WANYANA OGUTTU: «Resolving Treaty Disputes: the challenges of Mutual Agreement Procedures with Special Focus on Issues for Developing Countries in Africa», *Bulletin for International Taxation*, December 2016, págs. 724 y ss.

²² A este respecto, cabe destacar la preferencia que, en muchas ocasiones, muestran los tribunales (y la propia OCDE) por la utilización del CUT (o el CUP) en relación con la determinación del valor de la transferencia de intangibles en el marco de operaciones complejas como las planteadas en el caso comentado (*vid.* en el mismo sentido: KASSAM: «IRS Loss in

y los ajustes de comparabilidad; c) la relevancia del análisis de sustancia económica de las operaciones realizadas; d) la cuestión de la valoración agregada o separada de operaciones conectadas o interrelacionadas; e) la relevancia valorativa y fórmula para la fijación de la vida útil de los activos intangibles transferidos; f) la trascendencia del desarrollo de «*Dempe functions*» a los efectos de la imputación de beneficios en relación con operaciones intragrupo de transferencia de intangibles; y g) los límites a la potestad administrativa de ajustes de precios de transferencia, en particular en lo que concierne a la imposibilidad de «crear» nuevos hechos imponibles a través de la aplicación de una norma valorativa como el *arm's length principle*, o las importantes restricciones sobre el «poder» de reconstrucción y no reconocimiento de las transacciones realizadas efectivamente por los contribuyentes²³.

- Asimismo, resulta importante destacar como tanto el enfoque administrativo de la regularización como la perspectiva de análisis del caso desplegada por el tribunal americano se construyen desde el respeto o reconocimiento de la configuración (y calificación) de las operaciones intragrupo realizadas por el contribuyente, y ello, a pesar de que nos encontramos ante una operación (legítima) de reestructuración de un grupo MNE donde concu-

Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*; y SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *op. cit.*, págs. 192-193). Nótese que, a pesar de que se manejan «comparables imperfectos» (externos o internos) y deben realizarse estimaciones de beneficios considerando flujos de caja esperados durante la vida útil de los activos transferidos, el tribunal y los expertos entienden que esta metodología CUT (CUP) ofrece resultados suficientemente fiables a efectos del *profit allocation*. En este sentido, no parece que resulte del todo necesario acudir a métodos *two-sided* (como el *Profit Split*) para lograr una aplicación razonable y consistente del principio de plena competencia respecto de la valoración de la transferencia de intangibles en operaciones complejas, sin perjuicio de la conveniencia de utilizar tales técnicas bilaterales como «*sanity check*». A este respecto, debe señalarse que la reconfiguración del *arm's length* derivada del Informe sobre las Acciones 8-10 de BEPS no implica un descabalgamiento o superación de los métodos de valoración unilaterales (*one-sided*), aunque no puede perderse de vista como las Administraciones tributarias de determinados países (particularmente los de países emergentes y en desarrollo) están defendiendo enfoques metodológicos bilaterales (*Profit Split* basados en criterios de creación cuantitativos: ventas, activos y empleados) a efectos de determinar una asignación del beneficio alineada con los procesos de creación de valor (*vid.*: MILEWSKA, M.: «A Mexican Perspective on Value Creation under the OECD's BEPS Approach to Transfer Pricing», *ITPJ*, January/February 2017, págs. 49 y ss.; o la Circular 6 del SAT de China, de 28 de marzo de 2017, sobre investigaciones especiales, ajustes de precios de transferencia y procedimientos amistosos; *vid.*: BELL, K.: «China's New Transfer Pricing Rules Keep Arm's Length Approach», *Tax Management Transfer Pricing Report*, April 5, 2017). La Comisión UE también ha mostrado su preferencia por el CUP y los métodos bilaterales en materia de precios de transferencia, aunque también admite una metodología unilateral que sea aplicada de forma ortodoxa o alineada con el estándar internacional/OCDE sobre el principio de plena competencia (*vid.*: EU Commission DG Competition, *WP on State Aid and Tax Rulings of 3 June 2016*, y *Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE*, para. 173, 2016/C 262/01).

²³ Algunos expertos han puesto de relieve como la sentencia de la *Tax Court* constata los serios errores técnicos incurridos por el IRS a la hora de realizar los ajustes, particularmente a la hora de aplicar una metodología inadecuada (DCF) sobre premisas fácticas infundadas (vida útil indefinida de activos intangibles referidos a tecnologías muy dinámicas), obviando la tradicional prevalencia de la valoración de intangibles a través de métodos basados en comparables internos y externos (*vid.*: KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*, pág. 1).

rían motivos fiscales de considerable voltaje. Sin embargo, como quiera que los hechos y circunstancias evidenciaron una operación dotada de razones de negocios y sustancia económica, todo el enfoque técnico y el debate procesal se focalizó en la estricta aplicación de la normativa tributaria (valorativa/*profit allocation*) con arreglo a su letra y espíritu. Es decir, la sentencia evidencia que incluso en los países con una práctica más avanzada en materia de *transfer pricing* donde el *enforcement* de esta regulación alcanza altas cotas en lo que se refiere al control administrativo sobre la correcta aplicación del *arm's length*, el *international tax planning* dotado de sustancia económica forma parte del sistema. La sentencia también refleja una cultura jurídica de aplicación y revisión judicial de la aplicación de la normativa que se construye esencialmente desde y a través del respeto a los términos en los que está definida la regulación aplicable (textualismo jurídico que no prescinde de la interpretación finalista)²⁴; en este sentido, este pronunciamiento también revela como la seguridad jurídica propia de los Estados de Derecho no solo requiere «calidad normativa» en lo que se refiere a los términos en que se legisla (claridad y previsibilidad de los efectos de la norma, estabilidad, irretroactividad, publicidad, certeza, etc.), sino también «calidad aplicativa», en el sentido de que todos los sujetos que participan en el proceso de aplicación de la normativa (incluyendo la revisión judicial) adopten una posición consistente con los términos en que el legislador ha articulado la regulación aplicable²⁵.

²⁴ A este respecto, algunos expertos consideran que, a través de esta sentencia, la US Tax Court envía un mensaje al IRS de acuerdo con el cual debe «reconsiderar la creación de Derecho a través de la litigación» (KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*, pág. 2). También se ha destacado como esta saga de «*high-profile tax court cases*» revela un sistema excesivamente complejo, inestable y excesivamente litigioso («*the farrago is not a good tax system*») que requiere de una reforma sustancial a efectos de crear un marco más simple, menos complejo y estable para todas las partes, que sea satisfactorio en términos de política fiscal y seguridad jurídica (BOWEN, D.: «Make transfer pricing great again: extending comprehensive tax reform to cure the deficiencies of the two-sentence transfer pricing statute», 46 *TM International Journal* 175, Bloomberg BNA, 04714/2017). Tal crítica no se limita a la regulación norteamericana de precios de transferencia, sino que la doctrina ha puesto de relieve como el nuevo marco *post-BEPS de transfer pricing & profit allocation* lejos de reparar el sistema estableciendo un «régimen» más estable, simple, equilibrado y funcional articula un modelo más subjetivo, complejo e inestable que abre avenidas al unilateralismo fiscal y a una doble imposición estructural para la que no está preparado el sistema (*vid.*: HERRINGTON y LOWELL: «The Evolving World of Global Tax Planning: Part II», *ITPJ*, March/April 2017, págs. 87 y ss.; y PICCIOTTO, S.: «International Taxation and Economic Substance», *BIT*, December 2016, págs. 752 y ss.).

²⁵ El propio G20, con ayuda del FMI y la OCDE, ha puesto de relieve la necesidad de profundizar y desarrollar mecanismos que refuercen la seguridad jurídica en materia tributaria, considerando su relevancia para el comercio e inversiones transfronterizas (Comunicado de los Ministros de Finanzas del G20 y de los Gobernadores de Bancos Centrales, de 17-18 de marzo de 2017). El informe elaborado por el FMI/OCDE a este respecto hace referencia a un conjunto de medidas que comprenden desde la fase de elaboración de la norma, pasando por su aplicación, la revisión judicial y la articulación de mecanismos alternativos de resolución de controversias (OECD/IMF, *Report for the G20 Finance Ministers on Tax Certainty*, March 2017).

Ciertamente, no puede dejar de reconocerse que el pronunciamiento de la Tax Court, aunque atañe a una operación realizada en el año 2005, se refiere a la aplicación de la regulación norteamericana de *cost-sharing arrangements* precedente a la reforma llevada a cabo en los años 2009-2011 en el sentido indicado, y en todo caso se trata de un caso pre-BEPS²⁶. No obstante, a nuestro juicio, un buen número de elementos, razonamientos y fundamentos de la sentencia siguen conservando valor y poseen relevancia en un contexto post-BEPS. Y de hecho, una serie de importantes cuestiones abordadas en el caso Amazon aparecen reflejadas (normalmente de forma no cerrada o monolítica) en el Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS (v. gr., el propio concepto de intangible a efectos de precios de transferencia, la delimitación de las operaciones, la atribución del beneficio en relación con el desarrollo de «*DEMPE functions*» y no solo a partir del criterio de la mera titularidad legal del activo intangible, los ARC, las operaciones de reestructuración de grupos MNE, el umbral de comparabilidad y el uso de comparables internos y externos, los ajustes de comparabilidad, etc.). Ahora bien, no puede perderse vista que el nuevo *soft-law* global y guía del estándar internacional del *arm's length principle* derivada del informe final OCDE/G20 sobre las Acciones 8-10 BEPS²⁷, modifica, matiza y clarifica elementos muy relevantes que afectan a su configuración y a la metodología de *profit allocation* que establece, de manera que los tradicionales y los nuevos fundamentos de tal estándar tenderán a integrarse progresivamente²⁸, lo cual requiere adoptar a nivel doméstico las correspondientes medidas le-

²⁶ El Informe Final (2015) de las Acciones 8-10 de BEPS revisa el capítulo VIII de las Directrices de Precios de Transferencia (2010), introduciendo modificaciones sustantivas en relación con los ARC. Básicamente, la guía OCDE de 2015 establece el control como prerequisite para que una empresa pueda formar parte de un ARC; cada participante en un ARC debe contar con la capacidad funcional para ejercer el control sobre los riesgos que asume con arreglo al ARC y disponer de la capacidad financiera para asumir tales riesgos. A este respecto, tal capacidad funcional requiere personal dotado de poderes de toma de decisiones sobre los riesgos, aunque se admite que las «*DEMPE functions*» puedan ser desarrolladas únicamente por uno de los partícipes de un ARC cuyo objeto sea el desarrollo de intangibles. Por otro lado, la nueva guía, además de alinear este capítulo con el nuevo estándar del *arm's length post-BEPS*, enfatiza que las contribuciones ordinarias (no preexistentes) de los distintos miembros o partícipes de un ARC deben valorarse por el valor de mercado de las actividades o funciones desarrolladas lo cual puede requerir la inclusión de un margen de beneficio sobre costes (aunque también se admite el mero reparto de costes sin *mark up*), de suerte que las contribuciones preexistentes se valoran considerando su «valor potencial». En este orden de cosas, no han faltado autores (AVI-YONAH) que han puesto de manifiesto como los ARC/CSA, no solo no están totalmente alineados con los principios BEPS en materia de precios de transferencia, sino que su regulación debería ser eliminada, ya que facilitan la transferencia de intangibles a jurisdicciones de baja tributación (vid.: FINLEY, R.: «Amazon Decision Ends IRS's Failed Bid to Overturn Veritas», *TNI*, April 2, 2017, pág. 21). AVI-YONAH, R.: «Amazon vs. Commissioner: Has Cost-Sharing Outlived Its Usefulness?», *Michigan Law & Econ Research Paper*, n.º 17-003, May 2017.

²⁷ OECD/G20 BEPS Project, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10: 2015 Final Reports.

²⁸ En relación con esta cuestión puede hacerse referencia a algunos estudios que ponen de relieve tal transformación del *arm's length ex BEPS*, vid.: STORCK; PETRUZZI; PANKIV y TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference «Transfer Pricing in a Post-BEPS World»», *ITPJ*, May/June 2016, págs. 216 y ss.; RUITER: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.; EY: *How anti-BEPS policies are changing transfer pricing*, 2016; PANKIV, «Post-BEPS Application of the Arm's length principle to Intangibles structures», *ITPJ*, November/December 2016, págs. 463 y ss.; TOBIN: «Intangible BEPS Risks», 45 *TM International Journal*, 04/08/2016; y WITTENDORF: «BEPS Actions 8-10: Birth of a New ALS», *TNI*, January 25, 2016, entre otros.

gislativas (adecuadas a la política fiscal nacional) y adecuados mecanismos de *enforcement*, así como ajustar o modular la práctica al futuro nuevo marco regulatorio doméstico e internacional. En este sentido, cabe pensar que el debate sustantivo y procesal que, en relación con este tipo casos de ARC para el desarrollo de intangibles, podría tener lugar en un contexto regulatorio ya adaptado al nuevo estándar internacional del *arm's length* (post-BEPS) pivotaría sobre enfoques y coordenadas que incorporan importantes elementos diferenciales derivados del mismo²⁹.

Por lo que atañe a la regulación española sobre acuerdos de reparto de costes (ARC), cabe indicar que la Ley del impuesto sobre sociedades contempla esta figura en el apartado 7 del artículo 18. Si bien la normativa española no contiene una regulación completa de los ARC³⁰, sí establece los requisitos para considerar un determinado acuerdo como ARC y, en tal sentido, que las contribuciones que pudieran hacer los partícipes al mismo tengan la consideración de gastos deducibles a los efectos del impuesto sobre sociedades³¹. La práctica española revela una frecuente utilización de los ARC fundamentalmente por las filiales extranjeras de grupos MNE, a efectos de enmarcar costes de I+D, marketing y publicidad³², de manera que no estamos ante una figura exótica, aunque se haya dejado de emplear como una de las piezas centrales de determinados esquemas de planificación fiscal utilizados por algunas MNE americanas. Téngase en cuenta, a su vez, que la participación de una entidad española en un ARC referido al desarrollo de intangibles también puede tener relevancia a los efectos de la aplicación de la deducción por actividades de I+D+i (art. 35 LIS) y del *patent box* (art. 23 LIS).

²⁹ Ahora bien, no puede perderse de vista que el nuevo marco BEPS de *transfer pricing* no excluye o bloquea la transferencia intragrupo de intangibles y el fenómeno de «*base erosion & profit shifting*», sino que únicamente lo somete a determinados condicionantes que afectan al «*profit allocation*» limitando de forma relevante las operaciones artificiales o dotadas de escasa sustancia (*cash boxes*). En el mismo sentido *vid.*, por ejemplo, los comentarios de SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *op. cit.*, págs. 189 y ss.

³⁰ Algunos autores consideran que la laguna regulatoria referida a los aspectos de los ARC que no están regulados en la legislación española se colma por vía interpretativa por remisión a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2010, capítulo VIII). A nuestro juicio, tal posición (y enfoque regulatorio minimalista pivotando sustancialmente sobre el *soft-law* de la OCDE) resulta controvertida, y no deja de plantear problemas de legalidad tributaria y seguridad jurídica, máxime si se pretende extender tal efecto interpretativo al Informe Final BEPS (2015) sobre las Acciones 8-10, que modifican aspectos relevantes de los ARC y del *arm's length* (*vid.* CALDERÓN: «The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin of International Taxation*, 2016, vol. 70, n.º 8). En este sentido, entendemos que resulta recomendable un desarrollo regulatorio de la legislación de precios de transferencia en España, que delimite los elementos esenciales y aspectos prácticos de la metodología para determinar el valor normal de mercado, concretando todas aquellas cuestiones previstas en las Directrices OCDE respecto de las cuales caben opciones de política legislativa nacionales.

³¹ Véase igualmente el artículo 18 del Reglamento del impuesto sobre sociedades. En relación con los ARC puede consultarse el trabajo de LÓPEZ DE HARO y CABELLO: «Acuerdos de Reparto de Costes», en CARMONA FERNÁNDEZ (dir.), *Nuevo Régimen fiscal de las operaciones vinculadas*, CISS, Valencia, 2016, capítulo 9.

³² Véanse a este respecto las SSTs de 21 de noviembre de 2013 (rec. núm. 4031/2011 [NFJ053125]) y de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 2707/2009 [NFJ066464]), SAN de 2 de febrero de 2009 (rec. núm. 902/2006 [NFJ033763]), y las consultas V2241/2010, de 19 de octubre (NFC039431), V1044/2010, de 18 de mayo (NFC038201), y V1463/2012, de 4 de julio (NFC044957).

Cabría apuntar, igualmente, como la sentencia de la US Tax Court sobre el caso Amazon también podría tener cierta influencia sobre el expediente de ayudas de estado que está tramitando la Comisión europea³³, cuando menos si esta adopta en el mismo un enfoque similar al desarrollado en el caso *Apple*³⁴.

Como reflexión final, cabría poner de relieve cómo la sentencia de la US Tax Court en el caso *Amazon* revela las tensiones, dificultades y complejidad que rodea y comporta la aplicación de la regulación de precios de transferencia a las transacciones, negocios y cadenas de valor propios de la economía digital. Tal complejidad puede ser más o menos intensa dependiendo de muchos factores como, por ejemplo, el tipo de transacción o transacciones realizadas que son objeto de supervisión por las autoridades fiscales, de suerte que una reestructuración que resulte en una segregación parcial de la cadena de valor de una MNE constituye un desafío importante para cualquier administración en lo que concierne a la determinación de la correcta aplicación del *arm's length standard*. Es cierto también que el actual estándar internacional del principio de plena competencia no representa o contiene una guía de principios o reglas suficientemente desarrollada, completa, clara, consistente y estable a efectos de establecer o determinar el «*profit allocation*» que corresponde imputar a cada eslabón (transaccional) que forma parte de la cadena de valor de los negocios (y operaciones) de economía digital (la cual, como se sabe, tiende a ser transversal y no susceptible de «*ring-fencing*»).

Sin embargo, no puede perderse de vista como el proyecto G20/OCDE BEPS, a través de un «*conservative evolutionary approach*»³⁵, por un lado, ha establecido importantes límites a las estructuras de «planificación fiscal agresiva», y, por otro, ha actualizado el marco global del estándar internacional del principio de plena competencia con el objetivo de conectar en mayor medida el «*profit allocation*» con la sustancia económica, redimensionando igualmente el papel de los intangibles y la tecnología en el contexto del análisis (transaccional) de la cadena de valor de negocios relacionados con la nueva economía digital. De esta forma, aunque la nueva frontera de los precios de transferencia bien podría consistir en el desarrollo de los parámetros o indicadores determinantes de la creación de valor y la metodología de precios de transferencia aplicable a los negocios y operaciones de economía digital³⁶, no puede dejar de señalarse como la sentencia de la US Tax Court en el caso *Amazon* constituye un precedente relevante a estos efectos, toda vez que, por un lado, revela elementos o pautas que evidencian y facilitan la «practicabilidad» del estándar de precios de transferencia, y, por otro, aporta una guía para el análisis cualitativo y cuantitativo de los parámetros o factores de creación o contribución de valor de negocios de economía digital.

³³ EU Commission, *Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Amazon Luxembourg*, IP/14/1105, Brussels, 7 October 2014.

³⁴ Decisión de la Comisión, de 30 de agosto de 2016, sobre la ayuda de estado SA. 38373 (2014/C/NN) (Ex 2014/CP) implementada por Irlanda en relación con Apple.

³⁵ OLBERT, M. y SPENGLER, C.: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *WTJ*, February, 2017, págs. 3 y ss.

³⁶ OLBERT, M. y SPENGLER, C.: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *op. cit.*, págs. 31 y ss.

utilizado por el contribuyente, con ciertos ajustes, constituye una base razonable para realizar tal asignación de costes a los IDC.

3. PRECISIONES SOBRE LOS ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO AMAZON

A efectos de contextualizar las operaciones de transferencia de intangibles que formaron parte del CSA firmado en el año 2005 entre Amazon US y la entidad AEHT y fijar los hechos y circunstancias del caso, resulta conveniente completar los antecedentes referidos con otra serie de detalles recogidos en la propia sentencia de la Tax Court, aunque no podemos menos que advertir que se trata de una mera síntesis que no pretende exponer exhaustivamente el rico y complejo sustrato fáctico del caso. Así, nos limitamos a destacar una serie hechos y circunstancias que consideramos ayudan a entender mejor el caso:

- Amazon US desde su constitución hasta 2005 era titular de la propiedad intelectual (intangibles tecnológicos) que fue «transferida» a través del CSA (2005) a la entidad AEHT.
- El CSA incluía dos fórmulas de compensación por parte de la entidad AEHT a Amazon US: a) un «pago de entrada» (*buy-in payment* de 254.5 millones \$ a pagar en 7 años) correspondiente a los intangibles desarrollados por Amazon US hasta el año 2005 que fueron transferidos a la entidad AEHT; y b) los pagos anuales que debía realizar la entidad AEHT a Amazon US por los costes de desarrollo (IDC) de los intangibles incurridos con posterioridad a la firma del CSA.
- Los intangibles transferidos con arreglo al CSA por Amazon US a la entidad AEHT durante los años 2005-2006 (cubiertos por el «pago de entrada») fueron agrupados en tres grupos desde el plano transaccional, a saber:
 - a) Intangibles tecnológicos: el *software* y la tecnología para la operación de los *websites*, «*fulfillment centers*» y las actividades comerciales relacionadas con el desarrollo de la plataforma europea de comercio electrónico de AEHT.
 - b) Intangibles de marketing, incluyendo marcas y nombres comerciales, y nombres de dominio relevantes para el negocio europeo.
 - c) Intangibles comerciales: las listas de clientes y otra información comercial relevante de la clientela europea.
- El objeto final de la controversia o litigio planteado ante la Tax Court, tras alcanzar un acuerdo sobre otros aspectos de las operaciones comprendidas en el CSA³, se

³ Cabe destacar, a su vez, como la US Tax Court, durante el proceso judicial, por un lado, aceptó el requerimiento de protección de la confidencialidad de la documentación presentada por Amazon, considerando la necesidad de pre-

limitó a dos aspectos: a) la determinación del valor de mercado del «pago de entrada» que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US por la transferencia de los referidos intangibles, y b) la correcta fijación de los costes anuales de desarrollo de los intangibles (IDC) que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US.

En relación con la determinación del valor de mercado del «pago de entrada» que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US por la transferencia de los referidos intangibles, el contribuyente y el IRS mantenían posiciones encontradas respecto de la metodología valorativa que resultaba aplicable a los efectos de la fijación de la base imponible del IS de Amazon US:

- Básicamente, el contribuyente defendió un enfoque y metodología de precios de transferencia que pasaba por los siguientes elementos:
 - Enfoque transaccional (no agregado) a efectos de determinar el valor de mercado correspondiente a cada grupo de intangibles: a) intangibles tecnológicos relacionados con la plataforma comercio electrónico o *licence agreement* (valor entre 117 y 182 millones \$), b) intangibles de marketing o *assignment agreement* (valor entre 115 y 165 millones \$)⁴, y c) información comercial sobre clientes (parte del *assignment agreement*) (valor entre 52 y 66 millones \$).
 - Utilización de una vida útil de los intangibles definida o limitada (7 años respecto de los intangibles tecnológicos).
 - Aplicación del método CUT sobre la base de comparables internos y externos⁵ (dependiendo del caso)⁶.
- La Administración tributaria norteamericana, por su parte, defendió un enfoque y metodología de precios de transferencia que pasaba por los siguientes elementos:

servar secretos industriales y comerciales de la compañía; por otro lado, el tribunal estimó el recurso planteado por Amazon frente al requerimiento de la otra parte de comparecencia y testimonio del CEO de Amazon, estableciendo que tal comparecencia impone una carga excesiva a tal persona considerando en particular como ya habían testificado 15 ejecutivos que poseían el mismo nivel de información a los efectos solicitados. *Vid.*: BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision. Is it the Death Knell of the Income Method and Inclusion of Employee Stock Compensation for Cost Sharing Agreement Valuation?», *Kluwer International Tax Blog*, March 24, 2017.

⁴ Nótese que las filiales europeas del grupo Amazon ostentaban, antes de la reestructuración, determinados derechos de propiedad intelectual (marcas comerciales y nombres de dominio) a nivel local, las cuales fueron transferidas al *headquarter regional* (AEHT) en el marco de esta reorganización por importe global de 5 millones de dólares (pág. 26 de la sentencia de la US Tax Court en Amazon).

⁵ El contribuyente utilizó referencias de operaciones comparables (internos) realizados con terceros independientes (WalMart, Sears, Barnes & Noble, Marks & Spencer) donde Amazon prestaba servicios de tecnología de comercio electrónico utilizando la tecnología y activos intangibles similares a los que fueron objeto de transferencia vía CSA.

⁶ Cabe mencionar que la documentación de precios de transferencia de Amazon elaborada por Deloitte utilizaba la metodología de residual *profit split* (a partir de una estimación de flujos de caja futuros) respecto de la valoración del *buy-in payment*, pero durante el proceso judicial se utilizó un CUT para defender el valor de mercado de tal «pago de entrada».

- Enfoque agregado a efectos de determinar el valor global de mercado correspondiente al conjunto de intangibles, incluyendo además otros «activos» (*workforce in place, goodwill*), como si se tratara de la transmisión de un negocio en funcionamiento (*going concern valuation approach, CSA as akin to a sale or geographic spinoff of the US parent's international business*); el método de valoración, además, debía compensar a Amazon US por el *re-search value* presente en los intangibles preexistentes en el momento de su transferencia con arreglo al CSA.
- Utilización de una vida útil indefinida de los intangibles.
- Aplicación del método de valoración de «Descuento de flujos de caja» (DCF).

En relación con la correcta fijación de los costes anuales de desarrollo de los intangibles (IDC) que debía satisfacer la entidad AEHT a Amazon US, el contribuyente y el IRS también discreparon sobre determinados aspectos de la metodología valorativa que resultaba aplicable a los efectos de la fijación de la base imponible del impuesto sobre sociedades de Amazon US:

- Básicamente, el contribuyente defendió un modelo multifásico de identificación, clasificación y asignación de los costes de desarrollo de los intangibles comprendidos en el CSA, a partir de cecos. La discrepancia se refiere a un importante ceco (*Technology and Content, T&C*), inicialmente no incluido en la base de costes a repartir con arreglo al CSA, y que la Administración consideraba imputable en su totalidad, en tanto que el contribuyente entendía que solo la mitad de tales costes de T&C eran imputables a los IDC. Asimismo, se planteó en este contexto si la *stock-based compensation* referida a los empleados cuyo «coste laboral» formaba parte de los cecos identificados como IDC debía o no formar parte de la base de costes a repartir con arreglo al CSA, cuestión que la Tax Court ya decidió en sentido negativo en la sentencia *Veritas Software* (ya citada)⁷.

Las operaciones de transferencia de intangibles enmarcadas en el CSA y realizadas entre Amazon US y la filial luxemburguesa AEHT fueron debidamente «causalizadas» por parte del contribuyente, de suerte que la sentencia de la Tax Court refleja de forma amplia el conjunto de evidencias sobre las distintas razones de negocio que motivaron el desarrollo centralizado de una plataforma europea de comercio electrónico situada en el territorio de un Estado miembro. De esta

⁷ Existen otros pronunciamientos de tribunales norteamericanos rechazando la integración de los costes de las opciones sobre acciones de los empleados incluidos en los centros de coste que desarrollan actividades de I+D+i cubiertas por el acuerdo de reparto de costes, atendiendo fundamentalmente a las evidencias presentadas por los contribuyentes en el sentido de que se trata de costes que partes independientes que realizan operaciones similares (acuerdos de desarrollo conjunto de intangibles) no comparten (véanse los casos *Xilinx v. Comm'r*, 598 F. 3 d. 1191 (9th Cir. 2010); *Altera v. Comm'r*, 145 TC n.º 3, Docket n.º 6253-12, 9963-12 (July 27, 2015); y *Medtronic v. Comm'r*, TC Memo 2016-112, Docket n.º 6944-11 (June 9, 2016). En relación con esta jurisprudencia en conexión con el caso *Amazon*, vid.: BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision...», *op. cit.*

forma, el tribunal americano, a la hora de enjuiciar el caso, parte de la base de que la transferencia de los intangibles a través del CSA está fundamentada en *sólidas razones de negocios* que no resultan afectadas por el hecho de que se eligiera una jurisdicción fiscal de conveniencia para la localización de la filial europea que desarrollaría la plataforma de comercio electrónico en Europa.

A su vez, cabe añadir que la sentencia deja constancia de que la referida filial luxemburguesa tenía *sustancia económica* en términos de medios humanos y materiales, incluso con anterioridad a la firma del CSA, y que el grupo Amazon ya operaba en el año 2015 en tres mercados europeos (Alemania, Reino Unido y Francia) a través de filiales (que operaban bajo un esquema de comisionistas), que desarrollaban el negocio de forma muy local y con escaso nivel de coordinación, todo lo cual generaba ineficiencias y problemas (*v. gr., latency*) relacionados con el desarrollo del negocio en los mercados europeos afectando negativamente al desempeño de los «tres pilares básicos» del modelo de negocio (*selection, price and convenience*) dañando la propia reputación de la empresa frente a los consumidores en un entorno altamente competitivo (*competition is literally one click away*).

En este sentido, el CSA se presenta como una pieza más de una *operación global de reestructuración* del grupo Amazon en Europa, a efectos de crear un «*headquarter & holding regional*» (AEHT) que centralizara y coordinara una serie de funciones esenciales para el desarrollo del negocio en los distintos mercados europeos. Tras la referida reestructuración, la entidad AEHT asumió el papel funcional que venía desempeñando Amazon US respecto de las filiales europeas, y en tal sentido desarrolló funciones activas de sociedad *holding*, propietaria del inventario vendido en Europa, licenciante de intangibles, prestadora de los servicios de alojamiento de los servidores y *call centers*, en tanto que las filiales europeas comenzaron a prestar servicios a la entidad luxemburguesa (AEHT), en lugar de a la matriz americana Amazon US, como acontecía con anterioridad a la reestructuración. La evolución posterior del negocio europeo de Amazon puso de relieve el desarrollo de nuevos productos y mercados impulsados por las funciones desarrolladas por AEHT, es decir, una contribución de valor relevante al desarrollo del negocio de Amazon en Europa consistente con el role operativo y funcional de tal entidad.

Durante el procedimiento judicial se pusieron igualmente de manifiesto otra serie de evidencias –algunas de ellas a través de testimonios de expertos– relativas al desarrollo y cambios en el modelo de negocio *online* en los mercados europeos, el nivel de competencia y la rápida evolución de la tecnología y el *software* y sus implicaciones respecto de las actividades de innovación del grupo y la propia vida útil (definida o limitada) de los activos intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de venta *online*.

4. LA DECISIÓN DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

El tribunal americano analizó los argumentos esgrimidos por el contribuyente (US Amazon) que se oponía a la regularización de precios de transferencia realizada por el IRS en relación con la valoración del «pago de entrada» de la entidad AEHT en el CSA (2005) y la base de

costes anuales de desarrollo de intangibles (IDC) que debía ser objeto de reparto, en los términos antes expuestos. Amazon US alegó que el IRS había abusado de la potestad de *profit allocation* que establecía la Sec. 482 IRC, de manera que el ajuste era arbitrario, caprichoso o no razonable.

La Tax Court, como ya indicamos más arriba, estimó en gran medida el recurso de Amazon US, confirmando el carácter arbitrario o no razonable del ajuste de precios de transferencia realizado, en línea con la posición adoptada en el precedente *Veritas Software*. No obstante, la sentencia introduce correcciones relevantes en la metodología valorativa utilizada por el contribuyente, poniendo de manifiesto como los casos de precios de transferencia, además de ser intensivamente fácticos, no se enjuician a partir de enfoques de *all-or-nothing*.

Las principales ideas-forza que, a nuestro juicio, pueden extraerse del pronunciamiento de la Tax Court son expuestas a continuación.

4.1. PRINCIPIOS GENERALES ESTABLECIDOS POR LA TAX COURT EN RELACIÓN CON LOS AJUSTES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA SOBRE ACUERDOS DE REPARTO DE COSTES

- Según la Tax Court, los ajustes de precios de transferencia que prevé la regulación de *cost-sharing arrangements* únicamente están permitidos en dos casos, a saber: a) para garantizar que se realice un pago de entrada con arreglo al principio de plena competencia por los intangibles preexistentes, y b) para verificar que cada participante pague su parte correspondiente de los costes de desarrollo de intangibles (IDC)⁸.
- El método de la operación libre comparable (CUT), existiendo comparables suficientemente fiables, constituye el *best method* para valorar los «pagos de entrada» en un CSA, rechazando la aplicación de la metodología de valoración agregada de la transferencia de empresa en funcionamiento a través de un DCF.
- El método de la operación libre comparable (CUT) debe ser aplicado en relación con cada una de las operaciones de cesión de intangibles, sin que sea correcta una metodología de valoración agregada de acuerdo con los hechos y circunstancias presentes en los casos *Amazon* y *Veritas Software*.

⁸ La doctrina americana puso de relieve como esta limitación de la potestad de la Administración tributaria en relación con los ajustes o correcciones sobre acuerdos de repartos de costes tuvo como principal efecto la utilización de este mecanismo para realizar migraciones en masa de intangibles por parte de las MNE americanas. Esta percepción general y del propio Departamento del Tesoro de EE. UU. de que los ARC constituían una suerte «*a loophole in the fabric of the transfer pricing regime*» provocó, además de varias modificaciones de tal regulación específica, una reacción dirigida a aplicar *de facto* en este contexto la regulación general de *transfer pricing*, lo cual ha generado un importante grado de litigación con resultados poco favorables para las autoridades fiscales americanas. *Vid.*: LEV, A.: «Offshore Migration of US Intellectual Property: an Unintended effect of transfer pricing regulations», *TNI*, vol. 28, n.º 3, 2002, págs. 284 y ss.

- No se acepta una vida útil indefinida de los intangibles transferidos, considerándose que los «intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de comercio electrónico» tienen una vida útil de 7 años.

4.2. POSICIÓN DE LA TAX COURT SOBRE LA METODOLOGÍA EMPLEADA POR EL IRS PARA AJUSTAR EL «PAGO DE ENTRADA» DE LA ENTIDAD AEHT EN EL CSA POR LA TRANSFERENCIA DE INTANGIBLES DESARROLLADOS POR AMAZON US

- El tribunal rechaza la posición y testimonios presentados que asignan una vida útil indefinida a los activos intangibles preexistentes que fueron transferidos por Amazon US con arreglo al CSA.
- La Tax Court no acepta la calificación global de las operaciones de transferencia de intangibles realizadas con arreglo al CSA como una venta de negocio en funcionamiento (*CSA as akin to a sale or geographic spinoff of the US parent's international business*), que debe ser objeto de valoración conjunta (*aggregate valuation approach*) de acuerdo con una técnica de valoración de empresas (DCF, descuento de flujos de caja: *buy-in payment as equal to the present value of the royalty payments estimated in step 1, discounted at the rate determined in step 2*).
- No se acepta una vida útil indefinida de los intangibles transferidos, considerándose que los «intangibles tecnológicos relacionados con las plataformas de comercio electrónico» tienen una vida útil de 7 años. Ello excluye una metodología DCF basada en la vida útil indefinida de los intangibles, ya que no se limitaría a capturar el valor atribuible a los intangibles preexistentes al CSA desconociendo que el «pago de entrada» convierte a la entidad AEHT en «copropietario» de tales activos con arreglo al CSA. El coste de desarrollo de estos intangibles (IDC) no puede formar parte del *buy-in payment* sino en su caso del reparto de costes anual *ex post*. Tal posición también se rechazó considerando la sustancia económica de la entidad AEHT (disponer de activos tangibles e intangibles propios, así como de mano de obra cualificada) y su capacidad (operativa y funcional) para contribuir a desarrollar intangibles autogenerados o preexistentes.
- La valoración agregada de la operación (a través de un método DFC), calificada como una transmisión de negocio en funcionamiento, supone computar elementos que no constituyen «*pre-existing intangibles*», esto es, *residual business assets* (v. gr., *workforce in place, going concern value, goodwill, growth options*)⁹, y en tal sentido tal meto-

⁹ El tribunal consideró, por un lado, que la Sec. 936 (h)(3)(B) IRC no incluye el fondo de comercio extranjero, el valor de una empresa en funcionamiento o del capital humano de una entidad, toda vez que tales activos no poseen un valor

dología no es acorde con las *US Treasury Regulations*¹⁰. A su vez, el tribunal, en línea con su posición en los casos *Veritas Software* y *Guidant LLC v. Comm'r*¹¹, rechazó tal metodología basada en un enfoque de agregación, ya que no contribuye a fijar de forma razonablemente fiable el valor de mercado del pago de entrada por los intangibles preexistentes en el marco de un CSA. A este respecto, resulta relevante destacar como la Tax Court rechazó que este enfoque valorativo pudiera fundamentarse en la regla de las «alternativas realistas disponibles», toda vez que el IRS argumentó que una entidad independiente hubiera preferido mantener la titularidad de todos los intangibles a una operación como la realizada a través del CSA que daría acceso a un competidor a las «joyas de la corona», de suerte que el análisis valorativo que captura el valor de esta alternativa realista pasa por estimar los flujos futuros de caja del negocio europeo de Amazon. La Tax Court rechazó de plano tal posición, considerando, por un lado, que la correcta aplicación de la regulación de CSA permite determinar un valor de mercado adecuado a los efectos del cumplimiento del principio de plena competencia, y, por otro, que el IRS, con arreglo a las *US Treas. Regs.*, solo puede reestructurar las operaciones realizadas por los contribuyentes cuando la estructura carece de «sustancia económica»¹², aspecto que no fue cuestionado por la Administración. Por tanto, la correcta utilización de las categorías e instrumentos establecidos por la normativa de precios de transferencia (v. gr., un ARC/CSA) en el marco de operaciones dotadas de sustancia económica, limita de forma muy relevante enfoques de regularización alternativos como los basados en las alternativas realistas disponibles¹³ o el no reconocimiento de las operaciones (que ya ha sido cercenado considerablemente

independiente de los servicios de cualquier persona, tal y como exige la regulación aplicable. Por otro lado, la Tax Court también indicó que incluso si pudiera llegar a aceptarse que el fondo de comercio extranjero constituía un intangible a los efectos de la aplicación del pago de entrada del ARC, tal intangible habría sido desarrollado sustancialmente por las filiales europeas de Amazon y no por la matriz. Cabe apuntar como la posición del tribunal americano sobre la naturaleza del fondo de comercio (y el *going concern value*) coincide a grandes rasgos con la que ha quedado reflejada en el Informe BEPS (2015), Acciones 8-10 (paras. 6.27-6.29), en el sentido de que la OCDE no llega a identificar el fondo de comercio como un activo intangible autónomo a efectos de *transfer pricing*, pero se requiere tener en cuenta su valor a efectos de la determinación de una contraprestación de mercado de las operaciones (ventas de bienes o prestaciones de servicios) sobre las que puede proyectarse o tener influencia.

¹⁰ Sec. 1.482-4 (b)(6) *US Treas. Regs.* Nótese que en el año 2009 el Departamento del Tesoro norteamericano publicó «*temporary cost sharing regulations*» (finalizadas en 2011) que superaban el enfoque de la regulación previa que limitaba el «pago de entrada» a los «*pre-existing intangibles*», integrando ahora «*platform contribution transactions*» que incluyen otros elementos en la valoración (*workforce, goodwill value*). Tal regulación no aplica al caso y el tribunal rechazó su retroactividad vía enfoques alternativos como los desarrollados por el IRS. En relación con la evolución de la normativa norteamericana relativa a los *cost sharing arrangements*, vid.: KUNTZ y PERONI: *US International Taxation*, WGL, Boston, 2013, vol. 1, A.3.07.5; y BYRNES, W.: «Analysis of the 200+ page Amazon Decision...», *op. cit.*

¹¹ 146 TC 60, 82-83 (2016).

¹² Véase, en este sentido, el caso *Claymont Invs., Inc. v. Comm'r*, TC Memo 2005-254, 90 TCM (CCH) 462, 467.

¹³ CANALE *et aliter*: «US Tax Court holds IRS was arbitrary, capricious and unreasonable in determining Amazon subsidiary's buy-in-payment», *International Tax Alert*, EY, 28 March 2017.

en el Informe Final [2015], Acciones 8-10 de BEPS)¹⁴. La misma conclusión aplica a toda operación intragrupo (incluidas las reestructuraciones) dotada de sustancia económica y sólidas razones de negocios.

4.3. POSICIÓN DE LA TAX COURT SOBRE LA METODOLOGÍA EMPLEADA POR EL CONTRIBUYENTE PARA VALORAR EL «PAGO DE ENTRADA» DE LA ENTIDAD AEHT EN EL CSA POR LA TRANSFERENCIA DE INTANGIBLES DESARROLLADOS POR AMAZON US

El tribunal aceptó la metodología CUT para valorar la transferencia de cada una de las tres categorías de activos intangibles que tuvo lugar con motivo de la firma del CSA con Amazon US (valoración del «pago de entrada» respecto de los intangibles preexistentes), pero no validó completamente todas las premisas sobre las que se construyó la valoración de manera que finalmente la sentencia sí establece correcciones o ajustes sobre la determinación de la base imponible de Amazon US.

La metodología CUT utilizada por el contribuyente para valorar el *buy-in payment* realizado por la entidad AEHT fue objeto de varias correcciones por parte de la Tax Court al hilo del debate técnico entre los expertos del IRS y de Amazon sobre la aplicación práctica de tal metodología en relación con la valoración de la transferencia de cada una de las categorías de intangibles:

- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de los intangibles tecnológicos:**
 - *Royalty rate*: el tribunal consideró varios comparables internos aportados por el contribuyente, y determinó la necesidad de realizar varios ajustes de comparabilidad al tratarse de «comparables imperfectos»; a su vez, la Tax Court consideró más adecuado tomar en consideración una serie de contratos comparables en lugar de adoptar un *royalty rate* basado en un único contrato. Finalmente, se rechazó un ajuste de comparabilidad basado en el volumen de ventas, ya que las evidencias presentadas (contratos comparables internos) eran contradictorias, de manera que la Tax Court estableció que un *flat royalty rate* sobre ventas *online* resultaba adecuado para valorar la cesión de intangibles tecnológicos.
 - *Vida útil de los activos intangibles tecnológicos*: el tribunal rechazó el enfoque de vida útil indefinida y aceptó los testimonios de los expertos que la fijaban en 7 años.

¹⁴ *Vid.* a este respecto: CALDERÓN: «La evolución del marco valorativo y de reconocimiento de las operaciones intragrupo: las aportaciones del TS en el caso Peugeot a la luz de los estándares internacionales del Plan BEPS», *Revista Interactiva de Actualidad Tributaria* (AEDAF), octubre 2016.

- «*Decay curve & tail period*»: la Tax Court validó, con pequeños ajustes, la curva de deterioro del *royalty rate* durante su vida útil (7 años) que presentó el experto de Amazon. El «valor residual» de los activos también fue ajustado siguiendo la posición de un experto del IRS.
 - *Revenue base*: la Tax Court aceptó la posición de los expertos en el sentido de que el momento de inicio del pago de los *royalties* (sobre ventas) a computar viene dado por el momento en que el «cesionario» (en el caso de un ARC/CSA el adquirente de los intangibles) comienza a obtener ingresos como consecuencia de la utilización de los intangibles transferidos.
 - *Tasa de descuento*: el tribunal básicamente aceptó la tasa de descuento del 18% correspondiente al WACC de Amazon, aplicando un *capital asset pricing model*.
- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de «intangibles de marketing»:**
 - El tribunal aceptó la aplicación del CUT sobre la base de comparables externos extraídos de la base de datos ktMine.
 - *Royalty rate*: el tribunal entró en el análisis de la comparabilidad de los distintos contratos aportados por las dos partes, y debatió sobre los elementos que afectaban a la comparabilidad excluyendo determinados contratos atendiendo no solo a las diferencias en los términos contractuales sino también tomando en consideración la «fuerza de ventas» de la marca, de forma que aquellos contratos de licencia de marcas cuya «fuerza de ventas» es de baja intensidad no se consideraron comparables a Amazon. Igualmente se consideró la oportunidad de realizar ajustes a la baja del ratio del *royalty* por volumen (*waterfall structures*), de suerte que la *Tax Court* también rechazó tal ajuste afirmando que los «*flat royalty rates*» son la norma en este tipo de contratos de licencia de intangibles de marketing.
 - *Vida útil de los activos intangibles*: el tribunal rechazó la posición del IRS que defendía su vida útil indefinida, de suerte que la mayoría de los expertos consultados se pronunció en sentido contrario, indicando que tal vida útil y valor de los intangibles de marketing (marcas) depende fundamentalmente de un conjunto de factores entre los que destaca las inversiones, gestión, marketing, publicidad y organización de ventas¹⁵; en este caso, además, existe una conexión entre el valor de la marca y el desarrollo de la tecnología de Amazon, dado que si los consumidores quedan insatisfechos por su «experiencia de compra», los

¹⁵ Estos factores de contribución de valor de los intangibles de marketing ya fueron reconocidos por la jurisprudencia americana (caso *Nestle Holdings v. Comm'r*, TC Memo. 1995-441, 70 TCM (CCH) 682, 696), y ahora aparecen reflejados en el Informe de las Acciones 8-10 de BEPS a través de las denominadas «*DEMPE functions*».

intangibles de marketing perderían valor rápidamente. A la vista de los distintos informes de los expertos, el tribunal consideró razonable la estimación de vida útil de 20 años para los intangibles de marketing transferidos.

- *Revenue base*: la Tax Court aceptó la posición de los expertos en el sentido de que el momento de inicio del pago de los *royalties* (sobre ventas brutas) a computar viene dado por el momento en que el «cesionario» comienza a obtener ingresos como consecuencia de la utilización de los intangibles transferidos.
- *European portfolio*: el contribuyente defendió que la mitad del valor de los intangibles de marketing comprendidos en el CSA se correspondía con intangibles ostentados por las filiales europeas de Amazon, antes de ponerse en marcha la reestructuración de la que formó parte el CSA (proyecto Goldcrest). Y en tal sentido, Amazon US argumentó que tal valor debía ser excluido del «pago de entrada». La sentencia refleja en este sentido como las filiales alemana y francesa de Amazon habían registrado determinadas marcas comerciales y nombres de dominio por su cuenta y riesgo a efectos de operar en los mercados locales. Amazon US, por tanto, defendió la propiedad legal de tales intangibles por parte de las filiales europeas, en tanto que el IRS argumentó que el verdadero titular de tales intangibles de marketing era Amazon US, ya que era la entidad que había realizado todas las inversiones y asumido todos los riesgos relacionados con la creación y desarrollo de los intangibles, de suerte que las US Treas. Regs.¹⁶ autorizaban a la Administración a asignar una relación contractual entre personas vinculadas de forma consistente con la sustancia de la transacción; en este sentido, el IRS argumentó igualmente que las filiales europeas de Amazon US actuaron en realidad como agentes de la matriz a la hora de registrar tales intangibles. La Tax Court rechazó todos los argumentos esgrimidos por el IRS. Así, por un lado, indicó que existían buenas razones de negocios (o motivos económicos válidos) que fundamentaban localizar la titularidad de los intangibles de marketing en las filiales europeas de Amazon, dado que, entre otras cosas, acontecía que la normativa alemana y francesa solo permitía a las entidades locales registrar nombres de dominio locales (v. gr., Amazon.de o Amazon.fr); y lo mismo acontecía en relación con el registro de marcas con arreglo al Protocolo de Madrid en materia de marcas comerciales, ya que en tal fecha EE. UU. no lo había ratificado y, por tanto, una entidad americana no podía invocarlo. Por otro lado, la Tax Court puso de relieve que las filiales europeas que habían registrado las marcas comerciales y nombres de dominio utilizaban tales intangibles de marketing para el desarrollo de su negocio, de suerte que tales entidades contaban con importantes

¹⁶ *US Treas. Regs.* 1.482-4 (f)(3)(ii)(A) y 1.482-1 (d)(3)(ii)(B)(2). Tal potestad de asignación del contrato de forma consistente con la sustancia económica de la transacción posee su reflejo en los principios establecidos en el Informe Final BEPS (2015) relativo a las Acciones 8-10, en particular cuando se refiere a la correcta delimitación de la operación en el marco del análisis funcional (véanse los puntos D.1 y D.2 del referido informe BEPS).

equipos comerciales que adaptaban la actividad y el negocio a las preferencias culturales, tradiciones, regulaciones, etc., propias de los consumidores de los mercados geográficos en los que operaban, asumiendo riesgos significativos de marketing dado que tales filiales operaban como «comisionistas» retribuidos en función de las ventas locales no existiendo garantía de obtener una remuneración derivada de sus actividades de marketing. Según la Tax Court, todo ello evidenciaba que las referidas filiales europeas no ostentaban tales marcas y dominios como meros agentes de la matriz. Así las cosas, la Tax Court se alineó con el contribuyente considerando que las filiales europeas de Amazon registraron y usaron los intangibles de marketing en el desarrollo activo de su negocio, ayudaron a desarrollar el valor de tales activos, y asumieron riesgos de marketing significativos, de manera que la «estructura de titularidad» de los mismos no carecía de sustancia económica. Una vez que se aceptó este enfoque, el tribunal americano entró a analizar la cuestión del valor que había que asignar a tales intangibles de marketing propiedad de las filiales europeas a efectos de su exclusión del *buy-in payment* del CSA. El modelo económico elaborado por el experto del contribuyente –que asignaba el 50% del valor de los intangibles de marketing a los intangibles en manos de las filiales europeas– fue rechazado por el tribunal, considerando que sus fundamentos no eran consistentes, ni la metodología fiable desde el plano valorativo; la Tax Court optó, siguiendo básicamente la posición del IRS, por apoyarse en la metodología utilizada por el propio contribuyente a la hora de justificar el valor de mercado de la transferencia de los intangibles de marketing por las filiales europeas a la entidad AEHT en el marco de la reestructuración, y en tal sentido estableció que el 25% de los intangibles de marketing transferidos en el marco del CSA debía ser asignado al «*European portfolio*».

- **Posición de la Tax Court sobre la valoración de la transferencia de «información comercial»:**
 - La Tax Court abordó la valoración de estos intangibles consistentes en «información comercial valiosa» (*customer information*) referida a nombres, *emails*, números de teléfono, datos de tarjetas de crédito y su historial de compra *online*. Tal información comercial fue transferida por Amazon US a la entidad AEHT en el marco del CSA, habiendo sido valorada por el contribuyente con arreglo al método CUT, basado en comparables internos relativos a «*Associates and Syndicated Stores agreements*» concluidos por Amazon con terceros independientes de acuerdo con los cuales estos recibían una comisión (*referral fee ranged from 4 to 8% on sales*) por la remisión de información comercial de consumidores. Las partes discreparon de la mecánica en la aplicación del método, no así en lo que se refiere a los comparables. La Tax Court, considerando los testimonios de los expertos, aceptó la metodología utilizada por el contribuyente para valorar estos intangibles, aunque estableció algunos ajustes sobre la misma respecto de una serie de cuestiones, a saber:

- a) «Vida útil» de la información comercial: el tribunal se alineó con el experto que fundamentó el valor comercial de tal información durante 10 años.
- b) Valoración de otros elementos no incluidos en las «comisiones por ventas»: uno de los expertos argumentó que la determinación del valor de esta información comercial debía conectarse con otros elementos como la fuerza de la marca Amazon, y como la información comercial remitida por Amazon US a la entidad AEHT se refería a «clientes» ya fidelizados por la empresa que tenían más valor y potencial de compra. El tribunal rechazó tal enfoque, argumentando que el retorno de los consumidores a la plataforma de comercio electrónico de Amazon estaba vinculado esencialmente con su nivel de satisfacción con la ejecución de Amazon en relación con los tres pilares de su modelo de negocio (*selection, price and convenience*) y no únicamente con su «impresión» de la marca¹⁷; a su vez, se puso de relieve como los intangibles de marketing ya habían sido computados a los efectos de la valoración del «pago de entrada» en el CSA. La Tax Court validó, por tanto, la metodología (con los referidos ajustes), fijando el valor de mercado del pago de entrada en concepto de «intangibles comerciales» en 129 millones de dólares.

- **Posición de la Tax Court sobre los «Cost Sharing payments»:**

- La última cuestión controvertida examinada por el tribunal norteamericano versó sobre el reparto de costes de desarrollo de intangibles (IDC), una vez firmado el acuerdo de reparto de costes entre las entidades Amazon US y AEHT. Tal reparto debe hacerse atendiendo a factores que razonablemente reflejen la porción de beneficios esperados por cada participante. La fórmula de reparto basada en la cifra de negocios de las dos partes no fue objeto de controversia, limitándose esta, fundamentalmente, a determinar si el «ceco» (*Technology and Content*), no incluido en la base de costes (*cost pool*) a repartir con arreglo al CSA, resultaba o no imputable en su totalidad al CSA (tal y como postulaba el IRS) o, por tal contrario, tan solo la mitad de tal ceco resultaba imputable al CSA formando parte de los IDC (posición del contribuyente). El tribunal se alineó con el contribuyente a la vista de las evidencias presentadas fundamentando que el ceco T&C incluía significa-

¹⁷ Algunos autores han defendido la necesaria ponderación de los diferentes elementos que contribuyen al éxito de un negocio de distribución minorista a gran escala, en el sentido de que no puede atribuirse mecánicamente una prevalencia de los intangibles tecnológicos sobre los de marketing o comerciales, allí donde el desarrollo y explotación de los mismos está disociada en el marco de la cadena de valor. *Vid.*: SCHMID, A.: «Tax treatment of services: Does value of patents and technical know-how prevail over the value of marketing efforts?», *ITPJ*, January/February 2005, pags. 16 y ss.

tivos costes no relacionados con el desarrollo de los intangibles transferidos con arreglo al CSA. La Tax Court aceptó la fórmula propuesta por el experto de Amazon que establecía un criterio razonable de imputación de los costes integrados en el referido ceco (T&C) a la base de IDC que debía ser repartida entre las entidades Amazon US y AEHT.

5. ALGUNAS REFLEXIONES AL HILO DE LA SENTENCIA DE LA US TAX COURT EN EL CASO AMAZON

La sentencia de la Tax Court, a mi modesto entender, no puede ser considerada como un mero pronunciamiento o precedente extranjero sobre la aplicación del *arm's length* en relación con acuerdos de reparto de costes que carece de valor más allá de tal ámbito y regulación norteamericana.

Por el contrario, esta sentencia americana posee gran valor, al ofrecer una serie de «lecciones» (en sentido anglosajón) sobre la práctica internacional de «*transfer pricing valuation & litigation*».

Entre los aspectos que podrían ser destacados cabe mencionar, cuando menos, los siguientes:

- El papel determinante de la fijación de los hechos en los casos de precios de transferencia, tanto a efectos de realizar el delineamiento transaccional en el análisis funcional, como de cara a justificar ajustes de comparabilidad, o fundamentar la sustancia económica y razones de negocios de operaciones globales de reestructuración empresarial en las que concurren motivos fiscales de cierta relevancia¹⁸.
- Cómo la carga de la prueba sobre la correcta determinación del valor de mercado de las operaciones realizadas, con arreglo al *arm's length*, recae de forma compartida sobre la administración y los contribuyentes, de manera que cada parte debe fundamentar fáctica y técnicamente su posición sin poder limitarse a «deconstruir» o destruir la posición contraria. En este orden de cosas, cabe enfatizar la relevancia e intensidad con la que se emplean testimonios de expertos técnicos en la práctica procesal norteamericana, a efectos de valorar los hechos, soportar afirmaciones técnicas o fundamentar criterios económicos. En el caso Amazon el contribuyente utilizó 18 expertos y la administración 12, de suerte que el debate procesal y la

¹⁸ Este aspecto también ha sido destacado por los comentaristas que ponen de relieve cómo Amazon logró aportar evidencias más sólidas en relación con las premisas sobre las que se fundamentaban sus posiciones fiscales y metodología valorativa. Por ejemplo, Amazon acreditó como el nuevo *software* se desarrolló prácticamente desde cero, lo cual echó por tierra el planteamiento de fondo del IRS que construyó su metodología partiendo de la base de que los intangibles tecnológicos se desarrollaban en cadena o evolutivamente, lo cual posee evidentes implicaciones respecto de los costes de creación de valor, titularidad y vida útil. Igualmente, Amazon logró acreditar la importancia de contribución de valor a la creación y desarrollo de intangibles (fondo de comercio e intangibles de marketing) por parte de las filiales europeas del grupo Amazon. *Vid.*: SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *TNI*, April, 17, 2017, pág. 192.

decisión judicial finalmente adoptada sobre un buen número de aspectos técnicos se fundamentó en alguna de las opiniones o testimonios de los expertos que aportaron los correspondientes criterios que permitieron al tribunal adoptar posiciones fundamentadas de forma más sólida¹⁹. Es más, podría llegar a afirmarse que, en determinado tipo de casos, la existencia de reglas procesales que admiten abiertamente el uso de este tipo de elementos probatorios determina la estrategia procesal de defensa en favor de procedimientos judiciales domésticos en lugar de acudir a mecanismos internacionales de resolución de controversias (MAP/Arbitraje ex CDI), donde tales aportaciones no tienen tan fácil encaje. En este sentido, podría decirse que esta sentencia enseña una fórmula para mejorar el debate procesal en materia de valoración de precios de transferencia²⁰, aunque también pone de relieve su elevado nivel de complejidad técnica que, en ocasiones, puede afectar a la «igualdad de armas» en este tipo de contiendas (que no solo enfrentan a autoridades fiscales y contribuyentes, sino también a Administraciones tributarias de distintos países que no siempre poseen los mismos medios y capacidad técnica)²¹.

- La sentencia de la Tax Court aporta igualmente fundamentos técnicos de gran relevancia para la práctica actual (post-BEPS) en materia de precios de transferencia, particularmente respecto de operaciones con intangibles. En este orden de cosas, cabe destacar, por ejemplo, los principios establecidos en relación con las siguientes cuestiones técnicas que afectan a la valoración de la transferencia y licencia de uso de intangibles: a) el método más adecuado para valorar complejas operaciones de transferencia de intangibles (el *comparable uncontrolled transaction method* o CUT en este caso)²²; b) la correcta utilización de comparables internos y externos,

¹⁹ Algunos autores han puesto de relieve como la falta de coordinación técnica de los testimonios de expertos aportados por el IRS debilitó considerablemente las posiciones mantenidas por la Administración al revelar inconsistencias (*vid.*: KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», 60 *DTR* K-1, Bloomberg BNA, 03/30/2017, pág. 1).

²⁰ En parecidos términos, *vid.*: MARTINS, A.: «Witness Testimony in Transfer Pricing Litigation», *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2017, págs. 32 y ss. En España, cabe apuntar como cada vez con más frecuencia se admiten testimonios de expertos en materia de precios de transferencia, de suerte que en algunos casos su participación ha sido relevante (STS de 31 de mayo de 2016, caso Peugeot, rec. núm. 58/2015 [NFJ062977]), en tanto que en otros prácticamente no se tuvo en cuenta (SAN de 16 de julio de 2015, caso Cadbury Schweppes, rec. núm. 267/2012 [NFJ060631], la cual fue posteriormente anulada por la STS de 21 de febrero de 2017, rec. núm. 2970/2015 [NFJ065744]).

²¹ De hecho, tal diferencial de capacidad técnica y *expertise* constituye uno de los principales argumentos esgrimidos por las autoridades de países en desarrollo para oponerse a la articulación convencional de mecanismos de resolución de controversias como el arbitraje fiscal internacional. *Vid.*: WANYANA OGUTTU: «Resolving Treaty Disputes: the challenges of Mutual Agreement Procedures with Special Focus on Issues for Developing Countries in Africa», *Bulletin for International Taxation*, December 2016, págs. 724 y ss.

²² A este respecto, cabe destacar la preferencia que, en muchas ocasiones, muestran los tribunales (y la propia OCDE) por la utilización del CUT (o el CUP) en relación con la determinación del valor de la transferencia de intangibles en el marco de operaciones complejas como las planteadas en el caso comentado (*vid.* en el mismo sentido: KASSAM: «IRS Loss in

y los ajustes de comparabilidad; c) la relevancia del análisis de sustancia económica de las operaciones realizadas; d) la cuestión de la valoración agregada o separada de operaciones conectadas o interrelacionadas; e) la relevancia valorativa y fórmula para la fijación de la vida útil de los activos intangibles transferidos; f) la trascendencia del desarrollo de «*Dempe functions*» a los efectos de la imputación de beneficios en relación con operaciones intragrupo de transferencia de intangibles; y g) los límites a la potestad administrativa de ajustes de precios de transferencia, en particular en lo que concierne a la imposibilidad de «crear» nuevos hechos imponibles a través de la aplicación de una norma valorativa como el *arm's length principle*, o las importantes restricciones sobre el «poder» de reconstrucción y no reconocimiento de las transacciones realizadas efectivamente por los contribuyentes²³.

- Asimismo, resulta importante destacar como tanto el enfoque administrativo de la regularización como la perspectiva de análisis del caso desplegada por el tribunal americano se construyen desde el respeto o reconocimiento de la configuración (y calificación) de las operaciones intragrupo realizadas por el contribuyente, y ello, a pesar de que nos encontrábamos ante una operación (legítima) de reestructuración de un grupo MNE donde concu-

Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*; y SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *op. cit.*, págs. 192-193). Nótese que, a pesar de que se manejan «comparables imperfectos» (externos o internos) y deben realizarse estimaciones de beneficios considerando flujos de caja esperados durante la vida útil de los activos transferidos, el tribunal y los expertos entienden que esta metodología CUT (CUP) ofrece resultados suficientemente fiables a efectos del *profit allocation*. En este sentido, no parece que resulte del todo necesario acudir a métodos *two-sided* (como el *Profit Split*) para lograr una aplicación razonable y consistente del principio de plena competencia respecto de la valoración de la transferencia de intangibles en operaciones complejas, sin perjuicio de la conveniencia de utilizar tales técnicas bilaterales como «*sanity check*». A este respecto, debe señalarse que la reconfiguración del *arm's length* derivada del Informe sobre las Acciones 8-10 de BEPS no implica un descabalgamiento o superación de los métodos de valoración unilaterales (*one-sided*), aunque no puede perderse de vista como las Administraciones tributarias de determinados países (particularmente los de países emergentes y en desarrollo) están defendiendo enfoques metodológicos bilaterales (*Profit Split* basados en criterios de creación cuantitativos: ventas, activos y empleados) a efectos de determinar una asignación del beneficio alineada con los procesos de creación de valor (*vid.*: MILEWSKA, M.: «A Mexican Perspective on Value Creation under the OECD's BEPS Approach to Transfer Pricing», *ITPJ*, January/February 2017, págs. 49 y ss.; o la Circular 6 del SAT de China, de 28 de marzo de 2017, sobre investigaciones especiales, ajustes de precios de transferencia y procedimientos amistosos; *vid.*: BELL, K.: «China's New Transfer Pricing Rules Keep Arm's Length Approach», *Tax Management Transfer Pricing Report*, April 5, 2017). La Comisión UE también ha mostrado su preferencia por el CUP y los métodos bilaterales en materia de precios de transferencia, aunque también admite una metodología unilateral que sea aplicada de forma ortodoxa o alineada con el estándar internacional/OCDE sobre el principio de plena competencia (*vid.*: EU Commission DG Competition, *WP on State Aid and Tax Rulings of 3 June 2016*, y *Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE*, para. 173, 2016/C 262/01).

²³ Algunos expertos han puesto de relieve como la sentencia de la *Tax Court* constata los serios errores técnicos incurridos por el IRS a la hora de realizar los ajustes, particularmente a la hora de aplicar una metodología inadecuada (DCF) sobre premisas fácticas infundadas (vida útil indefinida de activos intangibles referidos a tecnologías muy dinámicas), obviando la tradicional prevalencia de la valoración de intangibles a través de métodos basados en comparables internos y externos (*vid.*: KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*, pág. 1).

rían motivos fiscales de considerable voltaje. Sin embargo, como quiera que los hechos y circunstancias evidenciaron una operación dotada de razones de negocios y sustancia económica, todo el enfoque técnico y el debate procesal se focalizó en la estricta aplicación de la normativa tributaria (valorativa/*profit allocation*) con arreglo a su letra y espíritu. Es decir, la sentencia evidencia que incluso en los países con una práctica más avanzada en materia de *transfer pricing* donde el *enforcement* de esta regulación alcanza altas cotas en lo que se refiere al control administrativo sobre la correcta aplicación del *arm's length*, el *international tax planning* dotado de sustancia económica forma parte del sistema. La sentencia también refleja una cultura jurídica de aplicación y revisión judicial de la aplicación de la normativa que se construye esencialmente desde y a través del respeto a los términos en los que está definida la regulación aplicable (textualismo jurídico que no prescinde de la interpretación finalista)²⁴; en este sentido, este pronunciamiento también revela como la seguridad jurídica propia de los Estados de Derecho no solo requiere «calidad normativa» en lo que se refiere a los términos en que se legisla (claridad y previsibilidad de los efectos de la norma, estabilidad, irretroactividad, publicidad, certeza, etc.), sino también «calidad aplicativa», en el sentido de que todos los sujetos que participan en el proceso de aplicación de la normativa (incluyendo la revisión judicial) adopten una posición consistente con los términos en que el legislador ha articulado la regulación aplicable²⁵.

²⁴ A este respecto, algunos expertos consideran que, a través de esta sentencia, la US Tax Court envía un mensaje al IRS de acuerdo con el cual debe «reconsiderar la creación de Derecho a través de la litigación» (KASSAM: «IRS Loss in Amazon Case Seen Highlighting a Flawed Approach», *op. cit.*, pág. 2). También se ha destacado como esta saga de «*high-profile tax court cases*» revela un sistema excesivamente complejo, inestable y excesivamente litigioso («*the farrago is not a good tax system*») que requiere de una reforma sustancial a efectos de crear un marco más simple, menos complejo y estable para todas las partes, que sea satisfactorio en términos de política fiscal y seguridad jurídica (BOWEN, D.: «Make transfer pricing great again: extending comprehensive tax reform to cure the deficiencies of the two-sentence transfer pricing statute», 46 *TM International Journal* 175, Bloomberg BNA, 04714/2017). Tal crítica no se limita a la regulación norteamericana de precios de transferencia, sino que la doctrina ha puesto de relieve como el nuevo marco *post-BEPS de transfer pricing & profit allocation* lejos de reparar el sistema estableciendo un «régimen» más estable, simple, equilibrado y funcional articula un modelo más subjetivo, complejo e inestable que abre avenidas al unilateralismo fiscal y a una doble imposición estructural para la que no está preparado el sistema (*vid.*: HERRINGTON y LOWELL: «The Evolving World of Global Tax Planning: Part II», *ITPJ*, March/April 2017, págs. 87 y ss.; y PICCIOTTO, S.: «International Taxation and Economic Substance», *BIT*, December 2016, págs. 752 y ss.).

²⁵ El propio G20, con ayuda del FMI y la OCDE, ha puesto de relieve la necesidad de profundizar y desarrollar mecanismos que refuercen la seguridad jurídica en materia tributaria, considerando su relevancia para el comercio e inversiones transfronterizas (Comunicado de los Ministros de Finanzas del G20 y de los Gobernadores de Bancos Centrales, de 17-18 de marzo de 2017). El informe elaborado por el FMI/OCDE a este respecto hace referencia a un conjunto de medidas que comprenden desde la fase de elaboración de la norma, pasando por su aplicación, la revisión judicial y la articulación de mecanismos alternativos de resolución de controversias (OECD/IMF, *Report for the G20 Finance Ministers on Tax Certainty*, March 2017).

Ciertamente, no puede dejar de reconocerse que el pronunciamiento de la Tax Court, aunque atañe a una operación realizada en el año 2005, se refiere a la aplicación de la regulación norteamericana de *cost-sharing arrangements* precedente a la reforma llevada a cabo en los años 2009-2011 en el sentido indicado, y en todo caso se trata de un caso pre-BEPS²⁶. No obstante, a nuestro juicio, un buen número de elementos, razonamientos y fundamentos de la sentencia siguen conservando valor y poseen relevancia en un contexto post-BEPS. Y de hecho, una serie de importantes cuestiones abordadas en el caso Amazon aparecen reflejadas (normalmente de forma no cerrada o monolítica) en el Informe Final de las Acciones 8-10 de BEPS (v. gr., el propio concepto de intangible a efectos de precios de transferencia, la delimitación de las operaciones, la atribución del beneficio en relación con el desarrollo de «*DEMPE functions*» y no solo a partir del criterio de la mera titularidad legal del activo intangible, los ARC, las operaciones de reestructuración de grupos MNE, el umbral de comparabilidad y el uso de comparables internos y externos, los ajustes de comparabilidad, etc.). Ahora bien, no puede perderse vista que el nuevo *soft-law* global y guía del estándar internacional del *arm's length principle* derivada del informe final OCDE/G20 sobre las Acciones 8-10 BEPS²⁷, modifica, matiza y clarifica elementos muy relevantes que afectan a su configuración y a la metodología de *profit allocation* que establece, de manera que los tradicionales y los nuevos fundamentos de tal estándar tenderán a integrarse progresivamente²⁸, lo cual requiere adoptar a nivel doméstico las correspondientes medidas le-

²⁶ El Informe Final (2015) de las Acciones 8-10 de BEPS revisa el capítulo VIII de las Directrices de Precios de Transferencia (2010), introduciendo modificaciones sustantivas en relación con los ARC. Básicamente, la guía OCDE de 2015 establece el control como prerequisite para que una empresa pueda formar parte de un ARC; cada participante en un ARC debe contar con la capacidad funcional para ejercer el control sobre los riesgos que asume con arreglo al ARC y disponer de la capacidad financiera para asumir tales riesgos. A este respecto, tal capacidad funcional requiere personal dotado de poderes de toma de decisiones sobre los riesgos, aunque se admite que las «*DEMPE functions*» puedan ser desarrolladas únicamente por uno de los partícipes de un ARC cuyo objeto sea el desarrollo de intangibles. Por otro lado, la nueva guía, además de alinear este capítulo con el nuevo estándar del *arm's length post-BEPS*, enfatiza que las contribuciones ordinarias (no preexistentes) de los distintos miembros o partícipes de un ARC deben valorarse por el valor de mercado de las actividades o funciones desarrolladas lo cual puede requerir la inclusión de un margen de beneficio sobre costes (aunque también se admite el mero reparto de costes sin *mark up*), de suerte que las contribuciones preexistentes se valoran considerando su «valor potencial». En este orden de cosas, no han faltado autores (AVI-YONAH) que han puesto de manifiesto como los ARC/CSA, no solo no están totalmente alineados con los principios BEPS en materia de precios de transferencia, sino que su regulación debería ser eliminada, ya que facilitan la transferencia de intangibles a jurisdicciones de baja tributación (vid.: FINLEY, R.: «Amazon Decision Ends IRS's Failed Bid to Overturn Veritas», *TNI*, April 2, 2017, pág. 21). AVI-YONAH, R.: «Amazon vs. Commissioner: Has Cost-Sharing Outlived Its Usefulness?», *Michigan Law & Econ Research Paper*, n.º 17-003, May 2017.

²⁷ OECD/G20 BEPS Project, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10: 2015 Final Reports.

²⁸ En relación con esta cuestión puede hacerse referencia a algunos estudios que ponen de relieve tal transformación del *arm's length ex BEPS*, vid.: STORCK; PETRUZZI; PANKIV y TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference «Transfer Pricing in a Post-BEPS World»», *ITPJ*, May/June 2016, págs. 216 y ss.; RUITER: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.; EY: *How anti-BEPS policies are changing transfer pricing*, 2016; PANKIV, «Post-BEPS Application of the Arm's length principle to Intangibles structures», *ITPJ*, November/December 2016, págs. 463 y ss.; TOBIN: «Intangible BEPS Risks», 45 *TM International Journal*, 04/08/2016; y WITTENDORF: «BEPS Actions 8-10: Birth of a New ALS», *TNI*, January 25, 2016, entre otros.

gislativas (adecuadas a la política fiscal nacional) y adecuados mecanismos de *enforcement*, así como ajustar o modular la práctica al futuro nuevo marco regulatorio doméstico e internacional. En este sentido, cabe pensar que el debate sustantivo y procesal que, en relación con este tipo casos de ARC para el desarrollo de intangibles, podría tener lugar en un contexto regulatorio ya adaptado al nuevo estándar internacional del *arm's length* (post-BEPS) pivotaría sobre enfoques y coordenadas que incorporan importantes elementos diferenciales derivados del mismo²⁹.

Por lo que atañe a la regulación española sobre acuerdos de reparto de costes (ARC), cabe indicar que la Ley del impuesto sobre sociedades contempla esta figura en el apartado 7 del artículo 18. Si bien la normativa española no contiene una regulación completa de los ARC³⁰, sí establece los requisitos para considerar un determinado acuerdo como ARC y, en tal sentido, que las contribuciones que pudieran hacer los partícipes al mismo tengan la consideración de gastos deducibles a los efectos del impuesto sobre sociedades³¹. La práctica española revela una frecuente utilización de los ARC fundamentalmente por las filiales extranjeras de grupos MNE, a efectos de enmarcar costes de I+D, marketing y publicidad³², de manera que no estamos ante una figura exótica, aunque se haya dejado de emplear como una de las piezas centrales de determinados esquemas de planificación fiscal utilizados por algunas MNE americanas. Téngase en cuenta, a su vez, que la participación de una entidad española en un ARC referido al desarrollo de intangibles también puede tener relevancia a los efectos de la aplicación de la deducción por actividades de I+D+i (art. 35 LIS) y del *patent box* (art. 23 LIS).

²⁹ Ahora bien, no puede perderse de vista que el nuevo marco BEPS de *transfer pricing* no excluye o bloquea la transferencia intragrupo de intangibles y el fenómeno de «*base erosion & profit shifting*», sino que únicamente lo somete a determinados condicionantes que afectan al «*profit allocation*» limitando de forma relevante las operaciones artificiales o dotadas de escasa sustancia (*cash boxes*). En el mismo sentido *vid.*, por ejemplo, los comentarios de SHEPPARD, L.: «Challenging Outbound Transfers of Intangibles», *op. cit.*, págs. 189 y ss.

³⁰ Algunos autores consideran que la laguna regulatoria referida a los aspectos de los ARC que no están regulados en la legislación española se colma por vía interpretativa por remisión a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2010, capítulo VIII). A nuestro juicio, tal posición (y enfoque regulatorio minimalista pivotando sustancialmente sobre el *soft-law* de la OCDE) resulta controvertida, y no deja de plantear problemas de legalidad tributaria y seguridad jurídica, máxime si se pretende extender tal efecto interpretativo al Informe Final BEPS (2015) sobre las Acciones 8-10, que modifican aspectos relevantes de los ARC y del *arm's length* (*vid.* CALDERÓN: «The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin of International Taxation*, 2016, vol. 70, n.º 8). En este sentido, entendemos que resulta recomendable un desarrollo regulatorio de la legislación de precios de transferencia en España, que delimite los elementos esenciales y aspectos prácticos de la metodología para determinar el valor normal de mercado, concretando todas aquellas cuestiones previstas en las Directrices OCDE respecto de las cuales caben opciones de política legislativa nacionales.

³¹ Véase igualmente el artículo 18 del Reglamento del impuesto sobre sociedades. En relación con los ARC puede consultarse el trabajo de LÓPEZ DE HARO y CABELLO: «Acuerdos de Reparto de Costes», en CARMONA FERNÁNDEZ (dir.), *Nuevo Régimen fiscal de las operaciones vinculadas*, CISS, Valencia, 2016, capítulo 9.

³² Véanse a este respecto las SSTS de 21 de noviembre de 2013 (rec. núm. 4031/2011 [NFJ053125]) y de 10 de febrero de 2012 (rec. núm. 2707/2009 [NFJ066464]), SAN de 2 de febrero de 2009 (rec. núm. 902/2006 [NFJ033763]), y las consultas V2241/2010, de 19 de octubre (NFC039431), V1044/2010, de 18 de mayo (NFC038201), y V1463/2012, de 4 de julio (NFC044957).

Cabría apuntar, igualmente, como la sentencia de la US Tax Court sobre el caso Amazon también podría tener cierta influencia sobre el expediente de ayudas de estado que está tramitando la Comisión europea³³, cuando menos si esta adopta en el mismo un enfoque similar al desarrollado en el caso *Apple*³⁴.

Como reflexión final, cabría poner de relieve cómo la sentencia de la US Tax Court en el caso *Amazon* revela las tensiones, dificultades y complejidad que rodea y comporta la aplicación de la regulación de precios de transferencia a las transacciones, negocios y cadenas de valor propios de la economía digital. Tal complejidad puede ser más o menos intensa dependiendo de muchos factores como, por ejemplo, el tipo de transacción o transacciones realizadas que son objeto de supervisión por las autoridades fiscales, de suerte que una reestructuración que resulte en una segregación parcial de la cadena de valor de una MNE constituye un desafío importante para cualquier administración en lo que concierne a la determinación de la correcta aplicación del *arm's length standard*. Es cierto también que el actual estándar internacional del principio de plena competencia no representa o contiene una guía de principios o reglas suficientemente desarrollada, completa, clara, consistente y estable a efectos de establecer o determinar el «*profit allocation*» que corresponde imputar a cada eslabón (transaccional) que forma parte de la cadena de valor de los negocios (y operaciones) de economía digital (la cual, como se sabe, tiende a ser transversal y no susceptible de «*ring-fencing*»).

Sin embargo, no puede perderse de vista como el proyecto G20/OCDE BEPS, a través de un «*conservative evolutionary approach*»³⁵, por un lado, ha establecido importantes límites a las estructuras de «planificación fiscal agresiva», y, por otro, ha actualizado el marco global del estándar internacional del principio de plena competencia con el objetivo de conectar en mayor medida el «*profit allocation*» con la sustancia económica, redimensionando igualmente el papel de los intangibles y la tecnología en el contexto del análisis (transaccional) de la cadena de valor de negocios relacionados con la nueva economía digital. De esta forma, aunque la nueva frontera de los precios de transferencia bien podría consistir en el desarrollo de los parámetros o indicadores determinantes de la creación de valor y la metodología de precios de transferencia aplicable a los negocios y operaciones de economía digital³⁶, no puede dejar de señalarse como la sentencia de la US Tax Court en el caso *Amazon* constituye un precedente relevante a estos efectos, toda vez que, por un lado, revela elementos o pautas que evidencian y facilitan la «practicabilidad» del estándar de precios de transferencia, y, por otro, aporta una guía para el análisis cualitativo y cuantitativo de los parámetros o factores de creación o contribución de valor de negocios de economía digital.

³³ EU Commission, *Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Amazon Luxembourg*, IP/14/1105, Brussels, 7 October 2014.

³⁴ Decisión de la Comisión, de 30 de agosto de 2016, sobre la ayuda de estado SA. 38373 (2014/C/NN) (Ex 2014/CP) implementada por Irlanda en relación con Apple.

³⁵ OLBERT, M. y SPENGLER, C.: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *WTJ*, February, 2017, págs. 3 y ss.

³⁶ OLBERT, M. y SPENGLER, C.: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *op. cit.*, págs. 31 y ss.