

¿LA REVALORIZACIÓN DE UNA MARCA GLOBAL DETERMINA UN AJUSTE DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN SEDE DE LAS FILIALES DEL GRUPO? UNA NOTA AL HILO DEL CASO HYUNDAI SOBRE LA EXPLOTACIÓN DE LOS INTANGIBLES DE MARKETING EN UN CONTEXTO POST-BEPS

José Manuel Calderón Carrero

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

EXTRACTO

Este trabajo tiene por objeto el estudio de un interesante pronunciamiento judicial extranjero en materia de precios de transferencia que evidencia las actuales tensiones del sistema de fiscalidad internacional en relación con uno de los principales «mantras» derivados del proyecto OCDE/G20 BEPS que pretende establecer una mayor conexión entre la imposición (territorial) de los beneficios en las empresas multinacionales y las actividades de creación de valor desarrolladas por cada una de las entidades localizadas en las distintas jurisdicciones en las que operan. La aplicación de esta aparentemente simple regla de «*profit allocation*» a través del alineamiento entre la creación de valor y el gravamen de los beneficios de las MNE plantea no pocos problemas y desafíos en la práctica, particularmente allí donde hay que tomar en consideración activos intangibles valiosos. El artículo conecta el caso con las novedades que las nuevas Directrices OCDE de Precios de Transferencia 2017 (post-BEPS) introducen en relación con los intangibles de marketing y las actividades de distribución de filiales en el extranjero.

Palabras clave: precios de transferencia; fiscalidad intangibles de marketing; proyecto BEPS; tributación internacional.

Fecha de entrada: 29-08-2017 / *Fecha de aceptación:* 22-09-2017

DOES THE REVALUATION OF A GLOBAL BRAND DETERMINE A TRANSFER PRICING ADJUSTMENT FOR THE GROUP'S SUBSIDIARIES? A NOTE TO THE THREAD OF THE HYUNDAI CASE ON THE EXPLOITATION OF MARKETING INTANGIBLES IN A POST-BEPS CONTEXT

José Manuel Calderón Carrero

ABSTRACT

This work aims at the study of an interesting transfer pricing foreign court ruling that shows the current tensions in the system of international taxation in relation to one of the main «mantras» derived from the OECD/G20 BEPS Project, that aims to establish a greater connection between the taxation of the profits obtained by multinational companies and value creation activities developed by each of the entities located in the different jurisdictions in which operate. The application of this apparently simple rule of «profit allocation» through the alignment between value creation and profit allocation poses many problems and challenges in practice, particularly with regard to valuable intangible assets. The article connects the case with the novelties introduced by the new OECD Transfer Pricing Guidelines 2017 (post-BEPS) in relation to marketing intangibles and distribution activities carried out by foreign subsidiaries.

Keywords: transfer pricing; marketing intangibles international taxation; BEPS Project; international taxation.

Sumario

1. Introducción
2. Análisis de la controversia de precios de transferencia en el caso Hyundai: *Brand building activities* por distribuidoras locales y su retribución de mercado
 - 2.1. Antecedentes fácticos del caso Hyundai
 - 2.2. La sentencia del ITAT-Chennai en el caso Hyundai
3. Algunos comentarios al hilo de la sentencia del ITAT en el caso Hyundai: Los intangibles de marketing a la luz de la actualización BEPS del estándar internacional de plena competencia

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el estudio de un interesante pronunciamiento judicial extranjero en materia de precios de transferencia que evidencia las actuales tensiones del sistema de fiscalidad internacional en relación con uno de los principales «mantras» derivados del proyecto OCDE/G20 BEPS que pretende establecer un mejor alineamiento entre la imposición (territorial) de los beneficios en las empresas multinacionales y las actividades de creación de valor desarrolladas por cada una de sus filiales localizadas en las distintas jurisdicciones donde opera el grupo empresarial¹. La aplicación de esta aparentemente simple regla de «*profit allocation*» a través del alineamiento entre la creación de valor y el gravamen de los beneficios de las MNE plantea no pocos problemas y desafíos en la práctica, particularmente allí donde hay que tomar en consideración activos intangibles valiosos.

La sentencia² que comentamos a través de este trabajo ilustra esta problemática al hilo de una regularización de precios de transferencia realizada por las autoridades fiscales de India en relación con la filial local de la multinacional (MNE) coreana Hyundai.

El pronunciamiento en el caso Hyundai objeto de este comentario plantea una serie de cuestiones de gran alcance en lo tocante a la fiscalidad internacional de los intangibles de marketing, que afectan desde a las actividades de creación de valor, pasando por la dicotomía entre «propietario legal vs. propietario económico», hasta la metodología que resulta adecuada para remunerar las actividades de desarrollo del valor de los intangibles a través de actividades de distribución y fabricación de mercancías.

La posición adoptada por las autoridades fiscales y tribunales de India en esta materia (fiscalidad internacional de los intangibles de marketing en un contexto *inbound*), lejos de constituir un «exotismo», integra un enfoque conectado con la redefinición del estándar internacional de plena competencia, representado por las nuevas Directrices de Precios de Transferencia (2017), actualizadas siguiendo el Informe final (2015) OCDE/BEPS sobre las acciones 8-10 (*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*), y en tal sentido suscita cuestiones potencialmente aplicables a todo tipo de empresas internacionalizadas (y en todo tipo de países miembros y no miembros de la OCDE) tanto en un contexto *inbound* como *outbound*. De alguna forma, la problemática

¹ OECD/G20 BEPS Project: *Explanatory Note on Final Reports* (2015), para. 7.

² Income Tax Appellate Tribunal/ITAT-Chennai, caso Dcit, *Chennai vs. Hyundai Motor India Limited*, on 27 April 2017 (ITA 853/Chny/2014 and 563/Chny/2015, Assessment years 2009-12).

que ilustra el caso Hyundai anticipa debates y tensiones que cabe esperar que se susciten durante los próximos años en un contexto post-BEPS. En este sentido, este trabajo trata de exponer cómo las nuevas Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) afrontan la tensión que, en relación con la imputación de beneficios en el marco de un grupo multinacional, resulta de tomar en consideración las actividades desarrolladas por filiales distribuidoras locales que determinan una contribución al valor de los intangibles de marketing respecto de las llevadas a cabo por otras entidades del grupo (matriz, sociedades intermedias, *IP companies*, etc.), en el marco de un modelo fiscal global que, a pesar de ensanchar la potestad impositiva de los «países mercado», sigue pivotando la asignación de la imputación principal de los beneficios a la jurisdicción que realiza las actividades significativas de aprovisionamiento de bienes y servicios (*supply side*).

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL CASO HYUNDAI: *BRAND BUILDING ACTIVITIES* POR DISTRIBUIDORAS LOCALES Y SU RETRIBUCIÓN DE MERCADO

2.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO HYUNDAI

Básicamente, en el caso Hyundai la Administración tributaria de India realizó un ajuste de precios de transferencia imputando una renta nocional a la filial local de la referida MNE (Hyundai Motors India) en contraprestación de un hipotético servicio intragrupo de marketing (*brand building activities*) que habría llevado a cabo tal filial a favor de su matriz al hilo de las actividades de fabricación y distribución de los automóviles comercializados bajo tal marca en el mercado local, lo cual habría revalorizado la marca global Hyundai con arreglo a determinados índices internacionales (*Interbrand*) que estiman anualmente el valor global de las marcas globales más prestigiosas o renombradas.

Los principales antecedentes del caso vendrían a ser los siguientes:

- La filial India de Hyundai fabrica y distribuye en el mercado local (y en otros vía exportación) los automóviles que manufactura usando la marca, tecnología y *know how* licenciado por su matriz coreana (HMC Korea).
- El contrato de cesión de tecnología entre HMC Korea y la filial Hyundai Motor India establece una licencia de uso de tecnología y *know how* a favor de la referida filial de India, habiéndose fijado la correspondiente remuneración de mercado. El contrato, a su vez, contempla la obligación de insertar la marca Hyundai en los vehículos fabricados usando la tecnología licenciada, sin que se hubiera establecido una contraprestación a favor del licenciante o el licenciatario.
 - Las autoridades fiscales de India consideraron que la distribución de automóviles con la marca Hyundai por la filial doméstica del grupo coreano, sin recibir contraprestación alguna por tal desarrollo del valor de tal marca en el

que ilustra el caso Hyundai anticipa debates y tensiones que cabe esperar que se susciten durante los próximos años en un contexto post-BEPS. En este sentido, este trabajo trata de exponer cómo las nuevas Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) afrontan la tensión que, en relación con la imputación de beneficios en el marco de un grupo multinacional, resulta de tomar en consideración las actividades desarrolladas por filiales distribuidoras locales que determinan una contribución al valor de los intangibles de marketing respecto de las llevadas a cabo por otras entidades del grupo (matriz, sociedades intermedias, *IP companies*, etc.), en el marco de un modelo fiscal global que, a pesar de ensanchar la potestad impositiva de los «países mercado», sigue pivotando la asignación de la imputación principal de los beneficios a la jurisdicción que realiza las actividades significativas de aprovisionamiento de bienes y servicios (*supply side*).

2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN EL CASO HYUNDAI: *BRAND BUILDING ACTIVITIES* POR DISTRIBUIDORAS LOCALES Y SU RETRIBUCIÓN DE MERCADO

2.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS DEL CASO HYUNDAI

Básicamente, en el caso Hyundai la Administración tributaria de India realizó un ajuste de precios de transferencia imputando una renta nocional a la filial local de la referida MNE (Hyundai Motors India) en contraprestación de un hipotético servicio intragrupo de marketing (*brand building activities*) que habría llevado a cabo tal filial a favor de su matriz al hilo de las actividades de fabricación y distribución de los automóviles comercializados bajo tal marca en el mercado local, lo cual habría revalorizado la marca global Hyundai con arreglo a determinados índices internacionales (*Interbrand*) que estiman anualmente el valor global de las marcas globales más prestigiosas o renombradas.

Los principales antecedentes del caso vendrían a ser los siguientes:

- La filial India de Hyundai fabrica y distribuye en el mercado local (y en otros vía exportación) los automóviles que manufactura usando la marca, tecnología y *know how* licenciado por su matriz coreana (HMC Korea).
- El contrato de cesión de tecnología entre HMC Korea y la filial Hyundai Motor India establece una licencia de uso de tecnología y *know how* a favor de la referida filial de India, habiéndose fijado la correspondiente remuneración de mercado. El contrato, a su vez, contempla la obligación de insertar la marca Hyundai en los vehículos fabricados usando la tecnología licenciada, sin que se hubiera establecido una contraprestación a favor del licenciante o el licenciatario.
 - Las autoridades fiscales de India consideraron que la distribución de automóviles con la marca Hyundai por la filial doméstica del grupo coreano, sin recibir contraprestación alguna por tal desarrollo del valor de tal marca en el

mercado local y renunciando a usar la propia marca del fabricante constituía una operación internacional de prestación de servicios de marketing (*brand building*) que debería ser valorada a mercado, con arreglo a la jurisprudencia *LG Electronics*³. La Administración de India, siguiendo la referida jurisprudencia que rechaza la existencia de una «propiedad económica» de la marca en sede del licenciatario, argumentó que mientras que los beneficios que resultan de las eventuales actividades de promoción de la marca, que desarrollaría Hyundai India a nivel local benefician tanto al «propietario legal» de la misma (HMC Korea) como al «propietario económico», pero como quiera que el primero obtiene un beneficio protegido por tal titularidad legal y el segundo no ostenta título alguno que le permita ejercitar tal «propiedad económica» (inexistente jurídica y fiscalmente), debe ser compensado por el servicio de *brand building* prestado al propietario legal del intangible marca-rio. El hecho de que la marca Hyundai tuviera una importante cuota de mercado en India se consideró que constituía una evidencia de la contribución al valor de tal marca derivada de las actividades de la filial de India.

- Las autoridades fiscales de India establecieron que tal valoración debía determinarse de forma separada respecto de las otras operaciones entre la matriz coreana y su filial India, rechazando una metodología basada en un cálculo de «TNMM» (*Transactional Net Margin Method*) agregado a favor de un «CUP» (*Comparable Uncontrolled Price Method*) construido a partir de un índice indirecto de contribución de la filial India al valor de la marca global.
- La Administración tributaria de India utilizó la valoración de «Interbrand», argumentando que la misma constituye la más respetada valoración de marcas globales, en la que figura Hyundai durante los últimos cuatro años, reflejando un aumento del valor de tal marca de los 4,5 «billion \$» (USD) en el año 2007 a los 4,8 «billion \$» (USD) en el año 2008. El incremento anual del valor de la marca fue atribuido a cada vehículo fabricado por las compañías del grupo MNE Hyundai, de manera que como quiera que a Hyundai India le correspondía el 18,07% de las ventas mundiales, 18,07% de la revaloración global de la marca podía atribuirse a la filial de India.
- Frente a tal enfoque de regularización, el contribuyente desplegó una serie de argumentos de defensa de su política de precios de transferencia, a saber:
 - HMC Korea no ha concluido ningún contrato de *brand building services* con entidad alguna.
 - Hyundai India no recoge en su contabilidad costes específicos referidos con la actividad de *brand building*.

³ *LG Electronics* (2013, 22 ITR (Trib) 1 (Del)).

- El nivel de costes de marketing sobre ventas de Hyundai India se movía dentro del rango de sus competidores (Tata Motors, Hindustan Motors, Mahindra). Es decir, se cumplía el *bright line test* (*net sales/AMPs expenses*⁴).
- El contribuyente cuestionó la metodología utilizada por la Administración tributaria para determinar el valor del servicio.

De acuerdo con ello, el contribuyente Hyundai Motor India solicitó la anulación de la liquidación de precios de transferencia de acuerdo con la cual se le imputaba una «renta nocional» en compensación por el desarrollo de la marca Hyundai ostentada por la matriz coreana del grupo, así como en concepto de resarcimiento por la privación del uso de su propia marca comercial a la hora de comercializar los vehículos que fabricaba.

2.2. LA SENTENCIA DEL ITAT-CHENNAI EN EL CASO HYUNDAI

El tribunal (ITAT-Chennai) estimó el recurso interpuesto por el contribuyente, anulando el ajuste de precios de transferencia practicado por la Administración, fundamentando su posición a partir de los siguientes argumentos:

- El ITAT-Chennai argumentó básicamente que la Administración tributaria había construido un ajuste valorativo de precios de transferencia imputando una renta nocional a la filial india de Hyundai en compensación por una «operación internacional» de prestación de servicios de *brand building* que realmente no existió. Tal posición fue desarrollada a partir de una serie de argumentos:
 - La marca Hyundai constituye una marca renombrada global que posee un alto valor, y en tal sentido una cesión o licencia de la misma a una filial local otorga una ventaja al licenciante de suerte que la penetración de esta en el mercado local no hubiera sido la misma si no hubiera contado con tal marca. Es decir, el ITAT destacó el valor comercial de las marcas globales en los mercados locales a efectos del desarrollo del mercado y la distribución comercial, lo cual constituye un posicionamiento muy relevante a efectos de defender el valor de intangibles comerciales licenciados a filiales situadas en mercados foráneos, no solo de países en desarrollo o emergentes.
 - La obligación de uso por parte del licenciatarario a través del contrato de cesión de tecnología firmado con la matriz (HMC Korea), entre otras cosas, persigue proteger la propiedad intelectual del titular de los intangibles y en

⁴ AMP: *advertisement, marketing and promotion expenses*. Los AMP, que no incluyen *trade & volumen discounts*, según la propia jurisprudencia de India.

tal sentido está justificada por una razón de negocios, a pesar de que pueda constituir una cláusula extraña entre partes independientes al entrañar una cesión de marca sin remuneración.

- La cesión de la marca, que confiere un beneficio principal a favor del licenciario puede generar un beneficio incidental a favor del licenciatario o propietario de la marca comercial en la medida en que el aumento de la visibilidad de su marca puede contribuir al incremento del valor de la marca comercial. Ahora bien, una cosa es reconocer tal «beneficio incidental» por parte del licenciatario/propietario legal de la marca y otro que ello constituya una «operación intragrupo internacional» que deba valorarse a mercado con arreglo al principio de plena competencia.
- Las categorías de operaciones intragrupo referidas a intangibles, de acuerdo con la regulación doméstica, consisten en transacciones de compra/venta o de cesión, de suerte que no existe una categoría de operación referida a intangibles que consista en un incremento del valor de tales activos. De esta forma, el ITAT-Chennai rechazó que el aumento del valor de los activos intangibles constituya una operación intragrupo que deba ser valorada a mercado. Sin embargo, puso de relieve que la cesión de la marca (sin contraprestación) formaba parte de un contrato de transferencia de tecnología y debía ser valorada en tal contexto o marco contractual, de suerte que las autoridades fiscales de India revisaron tal contrato y las operaciones de cesión de tecnología y *know how* incluidas en el mismo sin cuestionar su valoración a mercado.
- La prestación de servicios intragrupo sí constituye una operación que debe ser valorada a mercado con arreglo a la legislación doméstica, pero el aumento del valor de los activos intangibles propiedad de una entidad extranjera no constituye una operación de prestación de servicios. La prestación de servicios consiste en un hacer algo a favor de alguien (servicio activo), rechazándose a estos efectos la idea de un «servicio pasivo», en el sentido de que el uso de la marca por un licenciario determine la existencia de un servicio intragrupo a favor del licenciatario por el mero uso de la misma a los efectos de las actividades comerciales de tal licenciario.
- La inexistencia de un servicio intragrupo también se fundamentó en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia que establecen dos test básicos para la aplicación del *arm's length* a los servicios intragrupo, a saber: la efectiva prestación de un servicio y la obtención de un beneficio resultante del mismo. Tal test del beneficio se concreta a partir del principio del «*willingness to pay*», pero el ITAT puso de relieve que las referidas Directrices OCDE evidencian que no puede verificarse este test en casos donde no se ha determinado la existencia de una auténtica prestación de servicios. En este sentido, el ITAT-Chennai zanjó la cuestión de fondo afirmando que la revaloración de los activos intangibles de una entidad vinculada que ha te-

nido lugar *sin una contribución activa de la otra empresa* no puede ser calificada como una operación intragrupo de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la normativa de precios de transferencia. No existiendo servicio intragrupo, no cabe entrar en la valoración de mercado del beneficio incidental que pudo obtener la entidad licenciante (HMC Korea).

- **Conclusión.** Por todo ello, el ITAT-Chennai estimó el recurso del contribuyente y anuló la liquidación que imputaba una renta nocional a la filial Hyundai India por un servicio de *brand building* a favor del propietario legal de la marca (la matriz HMC Korea), determinada a partir de la valoración global (con ajustes) realizada por «Interbrand» en relación con la marca Hyundai, al considerar que no se acreditó la existencia de un auténtico servicio intragrupo por parte de la filial licencianta a favor de la matriz licenciante.

3. ALGUNOS COMENTARIOS AL HILO DE LA SENTENCIA DEL ITAT EN EL CASO HYUNDAI: LOS INTANGIBLES DE MARKETING A LA LUZ DE LA ACTUALIZACIÓN BEPS DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PLENA COMPETENCIA

En primer lugar, este pronunciamiento debe conectarse con la jurisprudencia actualmente dominante en India⁵ (particularmente, los «*leading cases*» *Sony Ericsson* y *Maruti-Suzuki*)⁶ que en gran medida ha superado o por lo menos matizado sensiblemente⁷ el *bright line test* representado por la

⁵ El origen de esta jurisprudencia que establece que, como regla, la realización de una actividad de marketing por el contribuyente como parte de una función integrada en una transacción principal (distribución comercial) no constituye una transacción intragrupo separada (*brand building activity* a favor del propietario legal de la marca) resulta de la sentencia de la *Delhi High Court of India* en el caso *Bausch & Lomb Eyecare India* (ITA n.º 643, 675-77/2014 & 165, 166/2015), más tarde confirmada en los «*leading cases*» *Sony Ericsson Mobile Communications* (2015 374 ITR 118 (Del)) y *Maruti-Suzuki India* (Delhi High Court, IN:SC, 2016, *Maruti Suzuki India Ltd* TS-747-SC-2016-TP), y en todos aquellos pronunciamientos concordantes (v. gr.: *Luxottica India Eyewear*, ITA n.º 1492/Del/2015, ITA n.º 1205/Del/2016 & ITA n.º 344/Del/2017).

⁶ La jurisprudencia *Sony Ericsson* ha sido confirmada a través de una serie de pronunciamientos posteriores (*Nikkon*, *Whirpool*, *Discovery Communications*, *Yum Restaurants*, *Swarovski India Pl* y *Luxottica India Eyewear Pvt. Ltd*) al igual que acontece con el «*leading case*» *Maruti-Suzuki* (*Mattel Toys*, *Diageo*, *Mondelez*, *Goodyear*, *Heinz* y *Essilor*). Respecto de esta jurisprudencia pueden consultarse los siguientes trabajos: MITRA, R.: «Marketing Intangibles-life after the Delhi High Court's ruling in Sony Ericsson», *Transfer Pricing International Journal*, Bloomberg BNA, 5/6/2015; TOLIA, MEHTA y KOTAK: «Life After High Court decision on marketing intangibles», *Transfer Pricing Report*, Bloomberg BNA, 13/8/2015; y BILANEY: «Marketing Intangibles: An Indian Perspective», *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016, págs. 519 y ss.

⁷ La jurisprudencia de India ha puesto de relieve como el valor de las marcas comerciales no depende únicamente de las actividades y costes de marketing, sino también de la calidad y naturaleza de los bienes y servicios comercializados (caso *Sony Ericsson*), y en tal sentido el *bright line test* (*net sales/AMPs*) no determina por sí mismo la existencia

jurisprudencia *LG Electronics* (aunque con origen en el precedente *americano DHL*⁸ que pivotaba sobre la denominada «*developer-assister rule*» recogida en las *US Treas.Reg.* 1.482 de 1968) utilizada para practicar el ajuste de precios de transferencia en el caso *Hyundai*, entre otros. El referido *bright line test* había validado una práctica administrativa con arreglo a la cual se consideraba que una filial local que desarrollaba funciones o actividades de comercialización (o fabricación) de productos bajo una marca cedida en uso por su matriz extranjera prestaba un servicio intragrupo de *brand building* al propietario jurídico de tal marca, allí donde el *benchmarking* de comparables a partir de un análisis *net sales/AMPs* revelaba que el ratio (intensidad cuantitativa de AMP/gastos marketing y publicidad) de la filial distribuidora (*normal/entrepreneur distributor*, y no un *limited-risk distributor*) superaba el referido rango determinado en función de los comparables. Es decir, el *bright line test* (*net sales/AMPs*) que resultaba en un ratio de gastos de marketing y publicidad que superaba el de las empresas comparables permitía a la Administración tributaria de India realizar un ajuste de precios de transferencia a tal filial presumiendo una «operación de servicios intragrupo de *brand building*» a favor del propietario legal de la marca, a pesar de que no existiera un contrato intragrupo y tales actividades de marketing y publicidad constituyeran funciones empresariales conectadas y directamente relacionadas con su actividad de distribución comercial.

La jurisprudencia posterior y actualmente dominante ha matizado sensiblemente tal enfoque (el *bright line test*), aunque sin superarlo completamente. En particular, a partir de los «*leading*

de una operación de prestación de servicios intragrupo, sino que esta debe inferirse de otro conjunto de evidencias y factores. Los costes de marketing se consideran gastos correlacionados con la comercialización o venta de productos y servicios, y no costes específicamente dirigidos a desarrollar el valor de una marca.

⁸ *DHL Corp. Commissioner*, 285 F.3d 1210 (9th Cir 2002). El Tribunal de Apelación consideró que a los efectos de determinar el propietario de la marca internacional DHL había que atender a la *developer-assister rule*, estableciendo que DHL constituía el «propietario fiscal» de la marca (al margen de la titularidad legal) ya que era la entidad que había desarrollado (asumido el coste) de las actividades de «*advertising, publicity & promotion*» fuera de los Estados Unidos, de forma consistente con el concepto de «*IP developer*» recogido en las *US Treas.Reg.* 1.482 aplicables en tal momento (*1968 regulations*) y que fueron reemplazadas en el año 2009 eliminando tal regla (*developer-assister*) y estableciendo una regulación basada fundamentalmente en la titularidad legal/contractual de determinados intangibles (patentes y marcas) pero que toma en consideración las actividades de desarrollo de los intangibles por otras entidades del grupo distintas del propietario legal en términos muy próximos a los que ahora aparecen reflejados en las nuevas Directrices de Precios de Transferencia (2017); nótese que a partir de 2009 la regulación norteamericana abandona, con carácter general, el concepto de propietario económico de un intangible de marketing y adopta un enfoque monista basado en un (normalmente) único propietario o titular jurídico, remunerando a las demás empresas asociadas que contribuyen a dotarlo de valor a través de funciones específicas con materialidad; ello implica, a su vez, diferenciar entre la cuestión de la titularidad del intangible y la imputación del beneficio derivado de su explotación, tal y como hacen ahora las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017 (*vid.*: ANDRUS: «USA. National Report» en *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 92.^a, 2007, págs. 629 y ss.; MARKHAM, M.: *The Transfer Pricing of Intangibles*, Kluwer, 2005, págs. 48-51; VERLINDEN; SMITS y LIEBEN: *Mastering the IP Life Cycle*, PwC, Belgium, 2005, págs. 220 y ss.). En el caso *Amazon v. Commissioner* (148 TC, n.º 8 Docket n.º 31197-12, de 23 marzo de 2017) la *Tax Court* también adoptó una posición similar a efectos de determinar el *buy-in payment* del *Cost-Sharing* descontando la contribución al desarrollo de los intangibles marcarios de Amazon por las filiales europeas (*vid.*: CALDERÓN: «La sentencia de la US Tax Court en el caso Amazon: Un precedente relevante sobre controversias de precios de transferencia, intangibles y economía digital», *RCyT. CEF*, n.º 411, junio 2017, págs. 85 y ss.

cases» *Bausch & Lomb*, *Sony Ericsson* y *Maruti Suzuki India*, los tribunales de India vienen excluyendo los ajustes de precios de transferencia automáticos derivados de la aplicación del referido enfoque (*bright line test net sales/AMPs*), de suerte que la existencia de un «servicio intragrupo de *brand building* o de marketing» solo puede establecerse o determinarse de forma casuística a partir de un análisis fáctico de las actividades y funciones desarrolladas por la filial, tomando en consideración muy particularmente la contraprestación de mercado obtenida por la misma. De esta forma, allí donde se verifica que la filial obtiene una remuneración de mercado (con arreglo a la metodología y comparables adecuados) por las funciones que desarrolla (distribución o fabricación y comercialización), la Administración no podría realizar un ajuste por la vía de «construir» o determinar la existencia de una operación intragrupo de prestación de servicios de *brand building*, incluso cuando se cumple la premisa del *bright line test* y se supera el ratio *net sales/AMPs* de la filial respecto de las empresas comparables.

Ahora bien, los tribunales de India no han erradicado completamente el referido enfoque de *bright line test*, de suerte que a la hora de enjuiciar el cumplimiento de la normativa de precios de transferencia en el marco de ajustes realizados por la Administración, se sigue tomando en consideración la intensidad de las funciones de marketing desarrolladas por las filiales locales (*normal entrepreneur*)⁹ a efectos del análisis de comparabilidad y de la determinación del *profit allocation* correlativo con las funciones y costes de marketing propios de tal filial. Así, allí donde se verifica que, con arreglo a una metodología y comparables adecuados, el beneficio imputado a la filial local en relación con las distintas operaciones intragrupo no es de mercado (con arreglo a tal perfil funcional que tiene en cuenta, además de la realidad contractual, los activos y los riesgos asumidos, la intensidad de las funciones de marketing representada por el ratio *sales/AMPs*)¹⁰, se acepta la realización de un ajuste de precios de transferencia por la Administración en relación con las operaciones intragrupo realizadas por tal filial (aprovisionamiento¹¹, cesión de intangibles, fabricación, etc.), o bien la propia utilización del método del *Profit Split*; asimismo, en estos casos también se considera que puede existir una prestación de servicios a favor del titular jurídico de los intangibles de marketing que puede articularse a través de un *cost-plus* (con *mark-up*, respecto de los *non-routine or excess AMPs expenditures*). Es decir, la jurisprudencia dominante rechaza los ajustes automáticos que «construyen» o determinan «prestaciones intra-

⁹ Las distribuidoras de riesgo limitado genuinas quedan al margen de este enfoque que requiere tener en cuenta las funciones de marketing, aunque en la práctica ello requiere consistencia en el análisis funcional y retribución acorde a las funciones (y riesgos), y posiblemente el reembolso de determinados costes de actividades de publicidad o marketing.

¹⁰ Se considera que el ratio «*SG&A (selling, general and administrative expenses) to sales*», refleja de forma más adecuada la intensidad de las funciones desarrolladas por un distribuidor a los efectos del análisis de comparabilidad. *Vid.*: BILANEY: «Marketing Intangibles: An Indian Perspective», *op. cit.*, pág. 521.

¹¹ Por ejemplo, en el caso *Luxtottica India Eyewear Pvt. Ld* (ITA n.º 1492/Del/2015, ITA n.º 1205/Del/2016 & ITA n.º 344/Del/2017), el tribunal de India (Delhi ITAT) rechazó el ajuste de precios de transferencia basado en el *bright line test*, confirmando la jurisprudencia *Sony Ericsson*, pero consideró que procedía tomar en consideración la intensidad de los AMP a la hora de aplicar el método *Resale Minus* utilizado por el contribuyente para valorar las funciones de distribución de la filial local, sin que se aceptara el cambio de metodología (TNMM) propuesto por la Administración.

grupo de *brand building*» si se supera el ratio *sales/AMPs*, pero no excluye que puedan resultar válidos tales ajustes en situaciones donde se verifica una infrarremuneración de la filial en relación con las operaciones intragrupo contractualizadas o sus actividades principales (distribución o fabricación y comercialización). Igualmente, la intensidad de las actividades de marketing y publicidad, determinada a partir de un ratio de costes *AMPs/net sales*, puede afectar al análisis de comparabilidad y, por tanto, al *profit allocation* de la filial.

La posición adoptada por las autoridades fiscales y tribunales de India lejos de constituir un «exotismo» integra un enfoque que entronca y está conectado con la normativa norteamericana (sec.1.482 *Treas.Reg.*) y con el propio estándar internacional de plena competencia representado por las Directrices de Precios de Transferencia (2017) ya alineadas al Informe final (2015) OCDE/BEPS sobre las acciones 8-10: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. También cabe mencionar otros enfoques como el de las autoridades mexicanas que, en casos donde la filial (local) comercializadora de productos de un grupo MNE utiliza los intangibles de marketing de su matriz con arreglo a un contrato de licencia, adoptan una posición restrictiva sobre la deducibilidad de los gastos de marketing y publicidad conectados con el posicionamiento de la marca en el mercado local, al considerar que le corresponde soportarlos al licenciante¹².

No obstante, no puede dejar de reconocerse que existen diferencias relevantes entre el enfoque adoptado en India a este respecto y el que resulta del estándar internacional en materia de precios de transferencia. En particular, cabría apuntar, por ejemplo, como, por un lado, las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) no utilizan en sentido estricto el *bright line test*, aunque sí hacen referencia a estos efectos a la intensidad de los costes de marketing por parte de las filiales distribuidoras¹³; por otro lado, el estándar internacional del *arm's length* no utiliza actualmente el concepto de «propietario económico» en contraposición con el «propietario jurídico o legal»; tal posicionamiento en modo alguno resulta neutral, toda vez que un distribuidor local que, como consecuencia de sus actividades de marketing, fuera calificado como «propietario económico» de la marca tendría un derecho sobre el mismo que «aflooraría», por ejemplo, en casos de terminación de un contrato de distribución a largo plazo o en operaciones de *restructuring*¹⁴; las Directrices OCDE (pre/post-BEPS)¹⁵ reconocen el valor de los intangibles generados

¹² QUIÑONES, T.: «Transfer Pricing Audits in Latin America», *ITPJ*, November/December 2016, pág. 504.

¹³ Véase el parágrafo 6.78 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) y los ejemplos 8 a 13 del anexo al capítulo VI de las mismas.

¹⁴ El intangible desarrollado localmente por la filial podría ser gravado a través de un *exit tax*, dado que las actividades de tal entidad han elevado el valor de desinversión de la matriz (vid.: *Transfer Pricing Practices and Challenges in India* (D.3.10.3) Enhancement of Exit Value), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, (2017).

¹⁵ Véanse el epígrafe E.2.3 del capítulo IX de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) y el epígrafe D.2.3 del capítulo IX de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2010). Nótese que existen diferencias significativas entre la guía de 2010 y 2017, de suerte que esta última (actualizada a BEPS) refleja los principios de alineamiento entre creación de valor y la imputación de beneficios, considerando las *DEMPE functions* respecto de los intangibles.

localmente a los efectos de la aplicación del *arm's length* en el contexto de una operación de reestructuración, aunque posiblemente el enfoque OCDE esté más enfocado a valorar el *goodwill*¹⁶ dado que tales actividades de marketing ya tendrían que haber sido objeto de remuneración de considerarse «*DEMPE functions*»¹⁷. Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017), siguiendo en gran medida la propia evolución de la regulación norteamericana, abandonan, con carácter general, el concepto de propietario económico de un intangible de marketing y adoptan un enfoque monista basado en un (normalmente) único propietario o titular jurídico, remunerando

¹⁶ Véanse los párrafos 6.27 a 6.29 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017); la versión de 2010 de las Directrices no reflejaba de forma nítida la problemática del *goodwill* como intangible a los efectos de los análisis de *transfer pricing*.

¹⁷ En relación con el alcance de las *DEMPE functions* véanse los párrafos 6.47 a 6.58 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Nótese, en todo caso, que tales funciones no constituyen el único ni principal parámetro para la imputación de beneficios en las operaciones intragrupo relacionadas con activos intangibles y que operan de forma distinta dependiendo del grado de desarrollo del intangible (para. 6.49), de manera que no estamos ante un criterio de atribución de beneficios (y pérdidas) que pueda reemplazar al análisis casuístico, transaccional y fáctico de activos, funciones y riesgos. De este modo, el mero hecho de que una entidad intermedia asuma o soporte un coste de AMP (marketing o publicidad) sin desarrollar un control funcional sobre tal actividad y sin asumir riesgos no entraña una contribución de valor relevante respecto de los intangibles (paras. 6.11, 6.95-96 Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017). Respecto de las *DEMPE functions* cabría realizar algunas consideraciones. En primer lugar, algunos miembros de la administración americana (McDonald) que participaron en la elaboración del Informe sobre las acciones 8-10 de BEPS han enfatizado la necesidad de limitar el alcance práctico de las mismas, destacando lo siguiente: a) que el referido informe BEPS en ningún momento pretendió que las *DEMPE functions* conformaran la base de un análisis de cadena de valor que asignara el beneficio a funciones a partir de evaluaciones subjetivas sobre su importancia, lo cual viene a limitar de forma clara su uso para expandir enfoques de *Profit Split*; b) las *DEMPE functions* en modo alguno sustituyen un análisis funcional, sino que antes al contrario constituyen un instrumento complementario para perfilar tal análisis; en particular, las funciones DEMPE contribuyen a identificar el tipo de actividades y riesgos que controla activamente el propietario jurídico de los intangibles a efectos de revelar la existencia de estructuras con baja sustancia (*cash boxes*); c) sin embargo, las *DEMPE functions* no constituyen un método de *profit/loss allocation*, sino tan solo una fórmula para detectar *cash boxes* y refinar el análisis funcional (FINLEY, R.: «Forget DEMPE Label, McDonald Says», *TNI*, April 3, 2017, págs. 38-39). En segundo lugar, varios autores han criticado la desviación del *arm's length principle* que resulta de las *DEMPE functions* como criterio que contribuye a determinar el *profit allocation*, dado que no coincide con lo que acontece entre empresas independientes (BALLENTINE, J.: «Ownership, Control and the Arm's length standard», *TNI*, June 20, 2016, págs. 1.177 y ss.). En tercer lugar, otros autores han puesto de relieve la dificultad para aplicar en la práctica el *profit allocation* de forma consistente con las *DEMPE functions*, ya que la guía de la OCDE es negativa y no aborda un buen número de cuestiones prácticas: ¿qué pasa si el control de las funciones DEMPE está fragmentado en una multitud de filiales?, ¿qué acontece si las personas que ejercen el control de tales funciones son geográficamente móviles?, ¿qué sucede con las transmisiones de los intangibles por parte del propietario jurídico, habría que compensar a las entidades que realizan las *DEMPE functions*?, ¿qué acontece con los casos de desarrollo no exitoso de los intangibles, las pérdidas se asignan a la jurisdicción de residencia de la entidad que controla las *DEMPE functions*?, ¿qué acontecería respecto de un cambio funcional sobre la localización de las personas que controlan las *DEMPE functions*, se genera un *exit tax*? (TOBIN, J.: «Intangible BEPS Risks», *45 TM International Journal* 226, 4/8/2016). Y en cuarto lugar, se ha indicado como una fórmula ideada para contrarrestar *tax planning* agresivo a través de *cash boxes* puede traer consigo otro tipo de planificación fiscal internacional que pivote a partir de la imputación de los beneficios a *DEMPE companies* situadas en países de baja tributación (WITTENDORF, J.: «BEPS Actions 8-10: Birth of a new Arm's length principle», *TNI*, January 25, 2016, págs. 331 y ss.).

a las demás empresas asociadas que contribuyen a dotarlo de valor a través de funciones específicas con materialidad; ello implica diferenciar entre la cuestión de la titularidad del intangible y la imputación del beneficio derivado de su explotación.

En este mismo orden de cosas, cabe recordar como el informe OCDE/G20 BEPS, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation* (acciones 8-10), ha matizado sensiblemente los principios en materia de operaciones intragrupo con intangibles referidas a la distribución comercial, aceptando a grandes rasgos los principios derivados de esta jurisprudencia de India y de Estados Unidos que expanden la atribución de beneficios a los países fuente/mercado a través del reconocimiento de su contribución funcional al desarrollo de los intangibles de marketing¹⁸. La posición de la OCDE remite a un análisis muy casuístico que tiene en cuenta básicamente una serie de elementos: a) la existencia de contratos a corto o largo plazo de distribución de mercancías en el mercado local; b) la caracterización funcional del distribuidor, particularmente su nivel de riesgo y de autonomía a la hora de la realización de actividades de marketing y desarrollo de mercado (*DEMPE functions*)¹⁹; c) el tipo de transacciones intragrupo existentes entre la filial y el resto del grupo (aprovisionamiento, licencia de fabricación, pago de *royalties* por cesión uso de la marca); d) el nivel de penetración o desarrollo del mercado local respecto de los productos de la matriz; e) el nivel cuantitativo de los costes de marketing y publicidad asumidos por la filial analizados a partir de un examen de comparables (*benchmarking* comparabilidad AMP), y eventualmente el reembolso de los mismos por la matriz; f) los márgenes de beneficio de la filial analizados a partir de un *benchmarking* de empresas comparables (análisis funcional que incluya el análisis de intensidad funcional/riesgos desarrollo actividades de marketing).

La OCDE ha desarrollado esta parte de la guía del *arm's length standard* en un contexto post-BEPS a efectos de tratar de determinar la contribución de las filiales locales al desarrollo y expansión de los intangibles marcarios de la matriz (o del correspondiente titular legal o jurídico del intangible marcario), de cara a implementar en este ámbito específico el principio estructural

¹⁸ Véanse el epígrafe B.4.1 (*Development and enhancement of marketing intangibles*) y los ejemplos 8 a 13 recogidos en el anexo al Informe BEPS acciones 8-10. Tal epígrafe aparece igualmente recogido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017. La versión de 2010 de las Directrices de Precios de Transferencia también incluía en el capítulo IV un epígrafe (D) relativo a «Actividades de comercialización realizadas por empresas que no son propietarias de una marca comercial o de un nombre comercial». No obstante, existen diferencias significativas entre la guía de principios de 2010 y 2017, no resultando asimilables en modo alguno. En particular, la guía de 2010 advertía básicamente del problema, esto es, que la remuneración del distribuidor local en ocasiones podría requerir tener en cuenta su contribución al desarrollo del intangible de marketing o al propio mercado, en tanto que la guía de 2017 aborda esta cuestión de forma más estructural estableciendo una serie de principios y reglas a este respecto que están conectadas con el nuevo enfoque sobre *profit allocation* en relación con la explotación de intangibles. La normativa de precios de transferencia norteamericana ya venía considerando esta cuestión fundamentalmente desde una perspectiva *inbound*.

¹⁹ La Administración de India considera que la persona que toma las decisiones importantes en relación con la AMP *function*, como la decisión de la estrategia, fijación del presupuesto y ejercicio del control global sobre la función, es la persona que soporta el riesgo de la actividad de AMP y es a la que corresponde imputar el beneficio adicional generado por tal función (*Transfer Pricing Practices and Challenges in India*, (D.3.10.6), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2017).

BEPS del alineamiento entre las actividades de creación de valor y el *profit allocation ex transfer pricing*. La fórmula para llevar a cabo tal implementación se basa en la idea de que determinadas actividades que virtualmente repercuten o influyen de forma efectiva y significativa en la creación de valor de los intangibles (las *DEMPE functions*) constituyen actividades y funciones que impactan sobre la asignación de los beneficios en las operaciones intragrupo, erosionando o limitando de manera relevante el viejo principio de la imputación del beneficio residual a la matriz (o sociedad intermedia) una vez descontado el beneficio rutinario asignable a una filial en función de la aplicación del principio de plena competencia a cada una de las operaciones intragrupo realizadas por la misma.

En el específico ámbito de las actividades de distribución por filiales locales en los distintos mercados, la OCDE ahora considera que tales filiales pueden estar realizando en determinados casos ciertas *DEMPE functions* –desarrollo y ampliación de activos intangibles– en el marco de su actividad de comercialización de los productos y servicios del grupo²⁰. De alguna forma, la OCDE termina considerando que aquellas actividades de la filial distribuidora que superan un umbral (fijado a partir de factores cuantitativos y cualitativos relacionados con las actividades de marketing y publicidad) determinando una contribución funcional sustancial al «desarrollo del mercado (local)» integran igualmente actividades de «desarrollo de los propios intangibles de marketing» utilizados con motivo de tal comercialización (marcas de producto y de servicios).

La determinación de cuándo la filial distribuidora, a través de sus funciones de marketing y publicidad realizadas para la comercialización de los productos fabricados por el grupo, desarrolla *DEMPE functions*, esto es, una contribución sustancial de valor (desarrollo y expansión) de los «marketing intangibles» ostentados por el titular jurídico de los mismos, que debe ser objeto de remuneración de mercado (*profit allocation aligned with value creation*), tal y como hemos avanzado, constituye una cuestión de hecho a analizar caso a caso bajo principios básicamente coincidentes con los resultantes de la jurisprudencia de India que hemos comentado a grandes rasgos. Así, la OCDE admite que una filial distribuidora con riesgo limitado (riesgos de inventario, de crédito y financiero), que recibe una remuneración de mercado por la comercialización de los productos de la matriz, debe recibir una contraprestación de mercado por actividades de marketing que desarrolla por orden y cuenta de su matriz (o titular jurídico de la marca) cuando esta determina y controla totalmente sus actividades de marketing, fijando el plan y el presupuesto al respecto²¹. Igualmente, la OCDE considera que cuando la filial distribuidora desarrolla, por cuenta propia y ostentan-

²⁰ La Administración de India, tras la publicación del Informe final (2015) OCDE/G20 sobre las acciones 8-10, fundamenta su enfoque sobre la creación de valor con respecto a los intangibles de marketing por las filiales locales utilizando la propia terminología y principios BEPS, particularmente las *DEMPE functions* (*Transfer Pricing Practices and Challenges in India*, (D.3.10.Marketing Intangibles), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2017). En el pasado tal enfoque de *bright line test* era explicado a partir de principios desarrollados localmente (*Emerging Transfer Pricing Challenges in India* (Chapter 10. Country Practices, epígrafe 10.4.8.12.Marketing Intangibles), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2013).

²¹ Ejemplo 8 recogido en el anexo al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017).

do un cierto margen de maniobra o autonomía, actividades de marketing y publicidad o acciones de desarrollo del mercado local incurriendo en un volumen de costes o publicidad que supera de forma significativa el esfuerzo e intensidad cuantitativa y cualitativa de las actividades/costes de marketing y publicidad llevado a cabo por empresas comparables (bajo condiciones contractuales y funcionales equiparables), tal contribución sustancial al desarrollo del mercado y los intangibles de marketing debe ser objeto de remuneración, siempre que los márgenes de beneficios obtenidos por tal filial sean significativamente más bajos que los logrados por las empresas comparables a partir de un análisis de varios años²²; en el caso de que la imputación de beneficios a la filial fuera significativamente más baja que la obtenida por las empresas comparables, se contemplan varias fórmulas para instrumentar la remuneración de mercado por tal contribución de valor que van desde una reducción del precio de las mercancías, minoración del eventual *royalty*, el uso del método del *Profit Split*, o la articulación de un flujo de servicios inverso filial-matriz (titular jurídico de los intangibles de marketing) que considere tal exceso de costes de marketing respecto de los asumidos por empresas comparables, incluyendo el correspondiente *mark-up*²³.

Así, desde un plano práctico y simplificando el análisis, el nuevo enfoque post-BEPS desarrollado por la OCDE requiere tener en cuenta la intensidad (y autonomía) de las funciones de marketing y publicidad desarrolladas por las filiales locales que distribuyan (o fabriquen y comercialicen) productos de su matriz, atendiendo fundamentalmente a un ratio cuantitativo (v. gr., *test AMPs/net sales*) que permita una comparación con las empresas comparables que desarrollen actividades similares; dependiendo del caso y de un conjunto de circunstancias fácticas (por ejemplo, si se trata de una distribuidora de riesgo limitado o no o considerando la duración del contrato de licencia de distribución), funcionales y contractuales (*vid. supra*) puede requerirse que tales actividades de marketing sean objeto de remuneración específica (servicio de *brand building*) o se tengan en cuenta a efectos de fijar la remuneración de mercado de las operaciones intragrupo que ya tuvieran lugar (aprovisionamiento, cesión de propiedad industrial), ya a través de los «métodos tradicionales» ya utilizando el método del *Profit Split* en aquellos casos singulares y excepcionales donde pudiera resultar de aplicación. Ni que decir tiene que todo ello posee igualmente relevancia a efectos de elaborar la documentación analítica de precios de transferencia (*master & local files*), en cuanto a la definición de la cadena de valor de los intangibles de los grupos multinacionales²⁴; por tanto, la documentación de precios de transferencia en un contex-

²² Ejemplos 9, 10, 11 y 13 recogidos en el anexo al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017).

²³ De alguna forma, la OCDE estaría matizando los propios principios establecidos sobre el funcionamiento del rango de mercado.

²⁴ A este respecto, cabe destacar la creciente relevancia que posee la documentación de precios de transferencia como mecanismo al servicio de los sistemas administrativos de control de riesgos fiscales de las empresas, de suerte que una documentación que se considere insuficiente en términos de fundamento de la «sustancia económica FAR» y el carácter comercial de las operaciones o estructuras documentadas evidencia una debilidad estructural que puede propiciar una investigación específica o más detallada de las transacciones de que se trate (*vid.*: KHWAJA; AWASTHI y LOEPRIK: *Risk-Based Tax Audits: Approaches and Country Experiences*, World Bank, Washington DC, 2011; a este respecto

to post-BEPS²⁵ no solo debe fundamentar la valoración *arm's length* de un pago intragrupo de cánones sino también que tal transacción se realiza con la entidad que funcionalmente ostenta el control de los activos y la sustancia necesaria a efectos del *profit allocation* de forma consistente con un *DEMPE analysis*.

A este respecto, no puede dejar de destacarse como estos nuevos principios OCDE en materia de *Development and Enhancement of marketing intangibles* forman parte del nuevo estándar internacional de plena competencia y en tal sentido deben ser muy tenidos en cuenta, considerando como las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017)²⁶ constituyen *Soft-law global*²⁷ que tanto las MNE como las Administraciones deben observar tanto en un contexto *inbound* como *outbound*, con independencia de su limitada virtualidad jurídica (interpretativa)²⁸, a

puede citarse el caso específico de la *Practical Compliance Guidance 2017/1* elaborada por la *Australian Tax Office, framework to self-assess transfer pricing risks on marketing hubs*; *vid.* en relación con la misma: IVANOVA, M.: «Australia's New Risk Framework and Its Effects on the Resources Industry», *TNI*, August 28, 2017, págs. 904-905).

- ²⁵ Particularmente, el *master file*, configurado con arreglo a la acción 13 de BEPS, contiene un apartado específico dedicado a la estrategia para el desarrollo, propiedad y explotación de los intangibles del grupo MNE (OECD/G20 BEPS, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, Action 13: 2015 Final Report, Annex I to Chapter V). A este respecto, se ha destacado como una de las aportaciones relevantes del proyecto BEPS en el ámbito de los precios de transferencia pasa por la «estandarización de la documentación», de suerte que esta no solo intensifica la transparencia y reduce significativamente la asimetría de información que mediaba entre las MNE y las Administraciones tributarias en lo relativo a las estructuras y cadena de valor de los grupos empresariales, sino también fomenta una doble coordinación fiscal entre Administraciones tributarias (que limita la competencia fiscal), y entre estas y los propios contribuyentes (BRAUNER, Y.: «Transfer Pricing in BEPS: First Round-Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)», *Intertax*, vol. 43, 2015, pág. 80).
- ²⁶ Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017 fueron aprobadas por el Consejo de la OCDE a través de la Recomendación C(95)126/FINAL (*as amended*), incluida como apéndice de tal versión de las mismas. La referida recomendación del Consejo de la OCDE conecta la nueva versión de las Directrices con el proyecto BEPS y el consenso alcanzado en el marco del mismo sobre sus principios y proceso de implementación inclusivo, instando a los países miembros y no miembros (OCDE) a seguir las nuevas directrices tanto a efectos regulatorios como aplicativos.
- ²⁷ RUITER, M.: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.
- ²⁸ Los efectos interpretativos de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de cara a aplicar la normativa doméstica que establece el *arm's length* resulta heterogénea en el panorama internacional y depende de una serie de cuestiones de índole jurídica. Con todo, resulta bastante frecuente que la legislación doméstica de los países establezca una remisión explícita a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de cara a facilitar la interpretación y aplicación de la normativa interna y dotar de consistencia con tal estándar internacional a la práctica fiscal nacional por parte de las autoridades fiscales y los contribuyentes. Lógicamente, los efectos interpretativos que poseen las Directrices OCDE de Precios de Transferencia tienen como límite los principios de legalidad y seguridad jurídica, de manera que la interpretación no puede superar la legislación y la aplicación de las mismas no puede resultar en enfoques sustantivos retroactivos. En relación con esta cuestión desde una perspectiva española (arts. 16 TRLIS y 18 LIS), *vid.*: MARTÍN y CALDERÓN: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, NetBiblio, 2012, págs. 68 y ss.; y CALDERÓN: «The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin for International Taxation*, 2016, vol. 70, n.º 8, págs. 3 y ss. Por otro lado, no puede perderse de vista la dimensión europea del principio de plena competencia, de suerte que este se viene reconociendo y aceptando como un estándar internacional válido para el reparto del poder tributario entre los Estados e incluso como medida de prevención de la

efectos de fundamentar sus posiciones fiscales tanto en el contexto de la *tax compliance*, como en el marco de un procedimiento de comprobación o de resolución de controversias transfronterizas (MAP)²⁹. Al respecto, cabría mencionar, por ejemplo, como las autoridades fiscales mexicanas consideran que los cambios en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia representan únicamente una más detallada explicación de la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones intragrupo, de manera que cualquier inspección de precios de transferencia tomará en consideración la nueva versión post-BEPS de las mismas; tal posición podría determinar la exigencia de que la documentación de precios de transferencia no solo otorgue cobertura a la valoración *arm's length* de un pago intragrupo de cánones sino también que fundamentara la sustancia de las transacciones a partir de un *DEMPE analysis*³⁰. La Administración tributaria española también se muestra partidaria de un enfoque de *BEPS enforcement* por vía interpretativa; así, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) ha destacado los efectos del proyecto BEPS sobre la planificación de la actividad de control tributario³¹, haciendo referencia expresa a los efectos interpretativos de las nuevas Directrices OCDE de Precios de Transferencia adaptadas a las acciones 8-10 y 13 de BEPS³².

En este mismo orden de cosas, no puede perderse de vista como esta parte de la guía de precios de transferencia que desarrolla los principios BEPS en cierta medida debe contextualizarse en el marco de un sistema de fiscalidad internacional más inclusivo que tiene en cuenta en mayor me-

erosión de bases imponibles; asimismo, la Comisión de la Unión Europea, desde una perspectiva distinta relativa al control de ayudas de estado *ex* artículo 107 del TFUE, considera que el principio de plena competencia interpretado con arreglo a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia constituye una base válida para la determinación de la imputación de beneficios intragrupo que, como regla, excluye la existencia de una ayuda de Estado (*vid.: Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la UE, 2016/C 262/01, 19.7.2016; y DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings, 3 June 2016*).

- ²⁹ La conexión existente entre el artículo 9 de los CDI (que siguen el MC OCDE/ONU) y las Directrices OCDE de Precios de Transferencia refuerza la virtualidad jurídica de estas a la hora de interpretar y aplicar la normativa doméstica de precios de transferencia en el marco de tales convenios
- ³⁰ QUIÑONES, T.: «Mexico: Update of Transfer Pricing Regime in the Light of BEPS Actions 8-10 and 13», *ITPJ*, November/December 2016, pág. 509.
- ³¹ El Plan de Control Tributario AEAT 2017 (Resolución de 19 de enero de 2017) indica a este respecto que: «los órganos de la Inspección de los Tributos continuarán realizando actuaciones inmediatas de verificación y análisis de la información voluntariamente aportada por las empresas adheridas al Código, y planificarán y desarrollarán las actividades informativas y de control que estimen convenientes. Estas actuaciones estarán especialmente dirigidas a garantizar que las decisiones estratégicas de las empresas multinacionales no resulten contrarias al espíritu y finalidad de los informes sobre las líneas de actuación o "acciones" del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la OCDE».
- ³² El Plan de Control Tributario AEAT 2017 (Resolución de 19 de enero de 2017) indica a este respecto que: «También es importante resaltar las modificaciones introducidas en las Directrices de Precios de Transferencia en el marco de las acciones 8 a 10, así como de la acción 13 del Proyecto BEPS. Dichos informes, publicados el 5 de octubre de 2015, fueron objeto de la adopción formal por el Consejo de la OCDE el 23 de mayo de 2016, por lo que en la actualidad constituyen un instrumento que ya puede ser utilizado como elemento interpretativo de la normativa española de operaciones vinculadas, recogida en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades».

didada los intereses de los países emergentes y en desarrollo, ensanchando la tributación en la fuente, considerando, entre otros factores, como estos países vienen entendiendo que los principios del sistema de fiscalidad internacional pre-BEPS y las propias MNE venían infravalorando de forma estructural las contribuciones de creación de valor que se desarrollan en su territorio (mercados)³³. Como ha puesto de relieve el profesor BRAUNER, la OCDE, a través del Informe final sobre las acciones 8-10 de BEPS, articula reglas dirigidas a lograr que la imputación de los beneficios esté conectada con el desarrollo de funciones sustantivas, de manera que estos no se imputen de forma mecánica a la *IP owner (cash box located in a tax haven)* allí donde las entidades distribuidoras desarrollan funciones materiales de desarrollo y comercialización de los intangibles. La articulación de esta mejor conexión entre imputación de beneficios y actividades de creación de valor a los efectos de la base imponible del impuesto sobre sociedades que persigue como objetivo el proyecto BEPS no descansa únicamente a través de las acciones 8-10 de BEPS relativas a la actualización del estándar internacional de precios de transferencia, sino también tiene lugar a través de la acción 7 de BEPS que trata de instrumentar una expansión de la tributación en la fuente por la vía indirecta (y posiblemente poco efectiva) del ensanchamiento del concepto del establecimiento permanente³⁴.

Ahora bien, la nueva guía OCDE que venimos comentando y en particular los criterios de *profit allocation* con respecto al desarrollo de actividades de creación de valor de los intangibles (funciones DEMPE) no solo operan expandiendo potencialmente la imposición en la fuente, sino que también pueden favorecer igualmente la asignación de beneficios a entidades intermedias que controlen los principales riesgos y el desarrollo de las «funciones (y costes de actividades) DEMPE» con respecto de los intangibles³⁵; particularmente, no puede perderse de vista como en

³³ Vid. en este sentido: FINLEY: «MNEs Consistently Undervalue Local Contributions, Developing Countries Say», *TNI*, April 17, 2017, págs. 221 y ss. El *Manual Práctico de Precios de Transferencia* (2017) elaborado por la ONU para países en desarrollo va más allá que las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) en lo referente a la guía sobre el desarrollo y expansión de los intangibles de marketing por los distribuidores locales, ampliando potencialmente la imposición en la fuente (*UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries, 2017, B.5.2.13-B.5.2.17*). El nuevo marco regulatorio de precios de transferencia de China (Circular SAT n.º 6, de 28 de marzo de 2017, sobre investigaciones especiales, ajustes de precios de transferencia y procedimientos amistosos) introduce a estos efectos el enfoque «DEMPEP» (*development, enhancement, maintenance, protection, exploitation and promotion*, en relación con la determinación del nivel de contribución de una empresa y las entidades asociadas respecto del valor de los intangibles de marketing; el hecho de que la Circular 6 SAT de China haya añadido e integrado las «actividades de promoción (P)» como parte de las funciones «DEMPE» pone de relieve una posición de las autoridades fiscales chinas consistente en tener en cuenta esta «función» que pueden desarrollar las filiales chinas distribuidoras de productos de MNE extranjeras dando a conocer tales productos y marcas en el mercado local. Lógicamente, tal eventual «función de promoción» y su incidencia a efectos del *profit allocation*, del «análisis FAR» o de la hipotética existencia de un servicio intragrupo de *brand building* dependerá de un conjunto de circunstancias (vid.: WEI, J.: «China's New Rules for Transfer Pricing and MAP», *TNI*, July 3, 2017, págs. 71 y ss.).

³⁴ BRAUNER, Y.: «Transfer Pricing in BEPS: First Round-Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)», *op. cit.*, págs. 78 y 84.

³⁵ Esta conclusión puede resultar paradójica considerando que uno de los principales objetivos de las acciones 8-10 de BEPS fue precisamente desmantelar las estructuras de *cash boxes* por la vía de limitar al máximo el *profit allocation* a estructuras de explotación o de gestión (pasiva) de intangibles que carecieran de sustancia suficiente, de manera

un mundo globalizado y con modelos de negocio de economía digital tales funciones DEMPE pueden controlarse e incluso desarrollarse de forma remota³⁶, lo cual puede impactar de nuevo sobre la asignación del beneficio a los distribuidores locales.

En este sentido, resultan evidentes los intentos de la OCDE, a través de las acciones 8-10 y 7 de BEPS, dirigidos a expandir la imputación de beneficios al Estado de la fuente (país mercado) a través de un conjunto de fórmulas y criterios que terminan por recategorizar actividades tradicionalmente calificadas como rutinarias desarrolladas en los «países mercado» (*demand syde*) en actividades de creación de valor (funciones DEMPE que determinan una contribución al desarrollo de intangibles, o funciones logísticas que pasan a ser *core business*, control de los riesgos), aunque el sistema de fiscalidad internacional de imposición societaria sigue pivotando sobre la imputación sustancial de los beneficios a las funciones determinantes del *supply side* (algo que lógicamente trastocaría un modelo formulario como el propuesto por la Comisión UE a través de la Directiva CCCTB [Base Imponible Común Consolidada 2016] que asigne sustancialmente el beneficio en función de la jurisdicción donde se producen las ventas)³⁷. Ciertamente, considerando las fórmulas (reglas subjetivas que requieren análisis casuístico) arbitradas por la OCDE para expandir la asignación de poder tributario a los países fuente tomando en consideración determinadas actividades de creación de valor que son llevadas a cabo por las filiales/EP locales –que dejan de ser consideradas «rutinarias» o «auxiliares/preparatorias»– no puede menos que advertirse sobre las tensiones y riesgos fiscales (doble imposición) que potencialmente pueden resultar de su aplicación por parte de las autoridades fiscales de los distintos países, lo cual requiere un movimiento por parte de los contribuyentes extremando la consistencia de su modelo de *profit allocation* alineándolo a los nuevos principios derivados del proyecto BEPS.

A su vez, no puede perderse de vista como la complejidad de las organizaciones de las MNE y alto grado de fragmentación de las unidades de creación de valor en el seno de las mismas dificulta seriamente la aplicación consistente del *arm's length* en lo que se refiere a la imputación del beneficio a tales «unidades empresariales» que contribuyen a la generación de valor (desarrollando o no *DEMPE functions*), lo cual puede terminar favoreciendo un uso mucho más intensivo del método *Profit Split*, con todos los riesgos e inconvenientes que ello conlleva³⁸.

que solo las entidades que explotaran de forma activa los intangibles y realizaran el control estratégico y activo de las funciones DEMPE (junto con activos y riesgos) pueden ser objeto de una imputación sustancial de los beneficios y pérdidas derivadas de la explotación de los intangibles. Ello implica que entidades intermedias de gestión de activos intangibles dotadas de baja sustancia (DEMPE) quedan ahora en una posición de riesgo a efectos de defender un *profit allocation* significativo, el cual sí resultaba defendible bajo los estándares pre-BEPS.

³⁶ Vid., a este respecto, OLBERT y SPENGLER: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *WTJ*, February 2017, págs. 3 y ss.

³⁷ Vid., DE WILDE: «Lowering the Permanent Establishment Threshold via Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?», *Intertax*, vol. 45, Issues 8 & 9, 2017, págs. 556 y ss.

³⁸ STORCK; PETRUZZI; PANKIV y TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing" in a Post-BEPS World», *ITPJ*, May/June 2016, págs. 218-219.

Nótese, asimismo, que la problemática asociada a la utilización de las marcas comerciales va más allá de las cuestiones comentadas, de suerte que, por ejemplo, también se plantea con cierta frecuencia la tensión inversa en el sentido de que las autoridades fiscales de los países de residencia de las matrices cuestionan la no facturación por parte de estas de la cesión implícita del uso de las marcas de servicios que utilizan las filiales en el extranjero³⁹. En este sentido, resulta evidente como la nueva guía aplicativa del principio de plena competencia resultante del Proyecto BEPS (las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, 2017) lejos de reducir la tensión entre los Estados fuente y residencia (o jurisdicciones intermedias) en relación con la asignación y reparto de las bases imponibles relacionadas con la explotación de los intangibles, ha articulado reglas más analíticas, complejas y subjetivas que resultan de difícil aplicación práctica y que son susceptibles de generar asignaciones asimétricas de beneficios o exclusión de la deducibilidad de gastos que resulten en controversias fiscales internacionales y doble imposición sistémica.

En último análisis todo ello evidencia que la práctica de *transfer pricing* está evolucionando de forma tal que el tradicional enfoque formalista-contractual y unilateral está siendo matizado sensiblemente por enfoques de cumplimiento y supervisión fiscal más complejos de corte analítico (sustancialista) y bi(multi)laterales que contextualizan las transacciones en el marco de la cadena de valor del grupo.

En suma, basta una mera incursión en alguno de los aspectos centrales del estándar internacional sobre precios de transferencia para que se evidencien las tensiones existentes entre los distintos países respecto de la interpretación (asimétrica o no uniforme) de tal estándar, a la hora de fijar (de forma tendencialmente expansiva) la porción de la base imponible de las MNE (y empresas internacionalizadas) que pretende someter a imposición cada jurisdicción.

La propia evolución del sistema de fiscalidad internacional y, particularmente, del propio estándar del *arm's length* como consecuencia del proyecto OCDE/G20 BEPS, trae consigo un mundo fiscal en transición y un buen número de problemas de seguridad jurídica, legalidad y riesgos de doble imposición que deberían afrontarse de forma estructural por todos los implicados en la construcción del nuevo sistema como parte integrante del proceso de implementación de los nuevos estándares fiscales⁴⁰. En este sentido, algunos países ya han puesto en marcha mecanismos dirigidos a dotar de mayor previsibilidad y certidumbre la aplicación práctica de la normativa de precios de transferencia, arbitrando mecanismos que amplían las funciones admi-

³⁹ La jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* alemán de los últimos años revela como las autoridades fiscales alemanas han realizado ajustes de precios de transferencia a las matrices alemanas por no facturar la marca comercial a sus filiales allí donde hacían uso de la misma en su actividad empresarial en el extranjero. El referido tribunal alemán (*BFH*) ha limitado la validez de tales ajustes exigiendo que se verificara o acreditara el valor comercial intrínseco de la marca y la capacidad para incrementar el desarrollo del mercado y potencial de ventas por parte del licenciataria (*benefit test*). *Vid.*: ANDREE; BÄRSCH y KLUGE: «Licencing of Trademarks and the Use of Group Names: Recent Developments», *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016, págs. 513 y ss.

⁴⁰ RUITER, M.: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.

nistrativas de información y asistencia a los contribuyentes y los procedimientos de buena gobernanza dirigidos a reducir la litigiosidad en la materia⁴¹. Esta línea de acción no se limita, por tanto, a la mejora de la eficacia de los mecanismos de resolución de controversias fiscales internacionales en línea con la acción 14 de BEPS, sino que va mucho más allá y tiene que ver con medidas que pueden adoptarse en el ámbito doméstico (aunque en términos compatibles con los estándares internacionales).

Por tanto, el nuevo modelo de precios de transferencia post-BEPS no solo está llamado a provocar un cambio de conducta fiscal de las MNE, sino también un marco regulatorio más predecible y que articule de forma más intensa y estructural mecanismos y procedimientos más eficaces de prevención *ex ante* y resolución *ex post* de las controversias o litigios que resulten del nuevo y más complejo estándar en un mundo globalizado⁴².

⁴¹ Cabe citar por ejemplo, el caso de India que ha desarrollado desde «puertos seguros», pasando por la potenciación de APA a la articulación de *dispute resolution mechanisms* en materia de precios de transferencia (BILANEY, S.: «India. Transfer Pricing Trends and Dispute Resolution Mechanisms», *ITPJ*, January/February 2017, pág. 69). También puede hacerse referencia al caso de *voluntary compliance program for transfer pricing* de Japón (FINLEY: «Japan: Tax Agency Announces New Voluntary Compliance Program for Transfer Pricing», *TNI*, June 19, 2017, pág. 1.053), o los acuerdos sobre *safe harbors bilaterales* alcanzados entre Estados Unidos y México e India en relación con la metodología de precios de transferencia a aplicar con respecto a determinadas operaciones transfronterizas (SOONG JOHNSTON: «US Floats Transfer Pricing Safe Harbor Rules», *TNI*, June 12, 2017, pág. 974). Asimismo, cabe mencionar destacadas iniciativas internacionales como las de la OCDE (*Dealing with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD, Paris, 2012), la Unión Europea (EUTPJ: *Report on Transfer Pricing Risk Management*, JTPF/007/final/2013/EN), el informe del *IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers on Tax Certainty* (March 2017) o el *Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparable Data for Transfer Pricing Analyses* (2017) que elaboró la Plataforma de Colaboración fiscal (FMI, Banco Mundial, OCDE y la ONU). En este mismo orden de cosas, cabe destacar el «procedimiento de cooperación y colaboración reforzada» (*procedura di cooperaciones e di collaborazione rafforzata*) que recientemente (junio 2017) se ha puesto en marcha en Italia en relación con MNE extranjeras que operen en territorio italiano comercializando productos o servicios, a efectos de evaluar en un contexto o marco colaborativo/cooperativo la eventual existencia de un EP y la atribución de beneficios al mismo. A través de este procedimiento colaborativo la Administración tributaria italiana trata de lograr dos efectos, por un lado, reducir la litigiosidad derivada de un enfoque más agresivo llevado a cabo en el pasado con escasos o dudosos resultados en términos recaudatorios. Y por otro, desarrollar medidas de nueva generación y a corto plazo (*quick fix*) en relación con las MNE tecnológicas y la economía digital, de manera que de esta forma se desarrolla una medida que puede mejorar la gestión de riesgos fiscales desde la perspectiva administrativa y al mismo tiempo abrir una puerta para que las propias MNE reduzcan su exposición fiscal en un mercado relevante (*vid.*: ZUCHETI; TARDINI y LANFRANCHI: «The Italian Web Tax: The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishments in Italy», *ITPJ*, September/October 2017, págs. 390 y ss.). El «programa» de cumplimiento tributario cooperativo articulado en España a través del Código de Buenas Prácticas Tributarias AEAT-FGE (2010-2016) podría ser utilizado en términos similares, e incluso con un ámbito de aplicación más amplio, ya que no hay limitaciones objetivas/subjetivas como en el caso italiano.

⁴² En parecidos términos, *vid.* BENTLEY, D.: «Taxpayer Rights: Coping With Globalization and Uncertainty», *TNI*, April 11, 2016, págs. 191 y ss.

mercado local y renunciando a usar la propia marca del fabricante constituía una operación internacional de prestación de servicios de marketing (*brand building*) que debería ser valorada a mercado, con arreglo a la jurisprudencia *LG Electronics*³. La Administración de India, siguiendo la referida jurisprudencia que rechaza la existencia de una «propiedad económica» de la marca en sede del licenciatario, argumentó que mientras que los beneficios que resultan de las eventuales actividades de promoción de la marca, que desarrollaría Hyundai India a nivel local benefician tanto al «propietario legal» de la misma (HMC Korea) como al «propietario económico», pero como quiera que el primero obtiene un beneficio protegido por tal titularidad legal y el segundo no ostenta título alguno que le permita ejercitar tal «propiedad económica» (inexistente jurídica y fiscalmente), debe ser compensado por el servicio de *brand building* prestado al propietario legal del intangible marca-rio. El hecho de que la marca Hyundai tuviera una importante cuota de mercado en India se consideró que constituía una evidencia de la contribución al valor de tal marca derivada de las actividades de la filial de India.

- Las autoridades fiscales de India establecieron que tal valoración debía determinarse de forma separada respecto de las otras operaciones entre la matriz coreana y su filial India, rechazando una metodología basada en un cálculo de «TNMM» (*Transactional Net Margin Method*) agregado a favor de un «CUP» (*Comparable Uncontrolled Price Method*) construido a partir de un índice indirecto de contribución de la filial India al valor de la marca global.
- La Administración tributaria de India utilizó la valoración de «Interbrand», argumentando que la misma constituye la más respetada valoración de marcas globales, en la que figura Hyundai durante los últimos cuatro años, reflejando un aumento del valor de tal marca de los 4,5 «billion \$» (USD) en el año 2007 a los 4,8 «billion \$» (USD) en el año 2008. El incremento anual del valor de la marca fue atribuido a cada vehículo fabricado por las compañías del grupo MNE Hyundai, de manera que como quiera que a Hyundai India le correspondía el 18,07% de las ventas mundiales, 18,07% de la revaloración global de la marca podía atribuirse a la filial de India.
- Frente a tal enfoque de regularización, el contribuyente desplegó una serie de argumentos de defensa de su política de precios de transferencia, a saber:
 - HMC Korea no ha concluido ningún contrato de *brand building services* con entidad alguna.
 - Hyundai India no recoge en su contabilidad costes específicos referidos con la actividad de *brand building*.

³ *LG Electronics* (2013, 22 ITR (Trib) 1 (Del)).

- El nivel de costes de marketing sobre ventas de Hyundai India se movía dentro del rango de sus competidores (Tata Motors, Hindustan Motors, Mahindra). Es decir, se cumplía el *bright line test* (*net sales/AMPs expenses*⁴).
- El contribuyente cuestionó la metodología utilizada por la Administración tributaria para determinar el valor del servicio.

De acuerdo con ello, el contribuyente Hyundai Motor India solicitó la anulación de la liquidación de precios de transferencia de acuerdo con la cual se le imputaba una «renta notional» en compensación por el desarrollo de la marca Hyundai ostentada por la matriz coreana del grupo, así como en concepto de resarcimiento por la privación del uso de su propia marca comercial a la hora de comercializar los vehículos que fabricaba.

2.2. LA SENTENCIA DEL ITAT-CHENNAI EN EL CASO HYUNDAI

El tribunal (ITAT-Chennai) estimó el recurso interpuesto por el contribuyente, anulando el ajuste de precios de transferencia practicado por la Administración, fundamentando su posición a partir de los siguientes argumentos:

- El ITAT-Chennai argumentó básicamente que la Administración tributaria había construido un ajuste valorativo de precios de transferencia imputando una renta notional a la filial india de Hyundai en compensación por una «operación internacional» de prestación de servicios de *brand building* que realmente no existió. Tal posición fue desarrollada a partir de una serie de argumentos:
 - La marca Hyundai constituye una marca renombrada global que posee un alto valor, y en tal sentido una cesión o licencia de la misma a una filial local otorga una ventaja al licenciante de suerte que la penetración de esta en el mercado local no hubiera sido la misma si no hubiera contado con tal marca. Es decir, el ITAT destacó el valor comercial de las marcas globales en los mercados locales a efectos del desarrollo del mercado y la distribución comercial, lo cual constituye un posicionamiento muy relevante a efectos de defender el valor de intangibles comerciales licenciados a filiales situadas en mercados foráneos, no solo de países en desarrollo o emergentes.
 - La obligación de uso por parte del licenciataro a través del contrato de cesión de tecnología firmado con la matriz (HMC Korea), entre otras cosas, persigue proteger la propiedad intelectual del titular de los intangibles y en

⁴ AMP: *advertisement, marketing and promotion expenses*. Los AMP, que no incluyen *trade & volumen discounts*, según la propia jurisprudencia de India.

tal sentido está justificada por una razón de negocios, a pesar de que pueda constituir una cláusula extraña entre partes independientes al entrañar una cesión de marca sin remuneración.

- La cesión de la marca, que confiere un beneficio principal a favor del licenciario puede generar un beneficio incidental a favor del licenciatario o propietario de la marca comercial en la medida en que el aumento de la visibilidad de su marca puede contribuir al incremento del valor de la marca comercial. Ahora bien, una cosa es reconocer tal «beneficio incidental» por parte del licenciatario/propietario legal de la marca y otro que ello constituya una «operación intragrupo internacional» que deba valorarse a mercado con arreglo al principio de plena competencia.
- Las categorías de operaciones intragrupo referidas a intangibles, de acuerdo con la regulación doméstica, consisten en transacciones de compra/venta o de cesión, de suerte que no existe una categoría de operación referida a intangibles que consista en un incremento del valor de tales activos. De esta forma, el ITAT-Chennai rechazó que el aumento del valor de los activos intangibles constituya una operación intragrupo que deba ser valorada a mercado. Sin embargo, puso de relieve que la cesión de la marca (sin contraprestación) formaba parte de un contrato de transferencia de tecnología y debía ser valorada en tal contexto o marco contractual, de suerte que las autoridades fiscales de India revisaron tal contrato y las operaciones de cesión de tecnología y *know how* incluidas en el mismo sin cuestionar su valoración a mercado.
- La prestación de servicios intragrupo sí constituye una operación que debe ser valorada a mercado con arreglo a la legislación doméstica, pero el aumento del valor de los activos intangibles propiedad de una entidad extranjera no constituye una operación de prestación de servicios. La prestación de servicios consiste en un hacer algo a favor de alguien (servicio activo), rechazándose a estos efectos la idea de un «servicio pasivo», en el sentido de que el uso de la marca por un licenciario determine la existencia de un servicio intragrupo a favor del licenciatario por el mero uso de la misma a los efectos de las actividades comerciales de tal licenciario.
- La inexistencia de un servicio intragrupo también se fundamentó en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia que establecen dos test básicos para la aplicación del *arm's length* a los servicios intragrupo, a saber: la efectiva prestación de un servicio y la obtención de un beneficio resultante del mismo. Tal test del beneficio se concreta a partir del principio del «*willingness to pay*», pero el ITAT puso de relieve que las referidas Directrices OCDE evidencian que no puede verificarse este test en casos donde no se ha determinado la existencia de una auténtica prestación de servicios. En este sentido, el ITAT-Chennai zanjó la cuestión de fondo afirmando que la revaloración de los activos intangibles de una entidad vinculada que ha te-

nido lugar *sin una contribución activa de la otra empresa* no puede ser calificada como una operación intragrupo de prestación de servicios a efectos de la aplicación de la normativa de precios de transferencia. No existiendo servicio intragrupo, no cabe entrar en la valoración de mercado del beneficio incidental que pudo obtener la entidad licenciante (HMC Korea).

- **Conclusión.** Por todo ello, el ITAT-Chennai estimó el recurso del contribuyente y anuló la liquidación que imputaba una renta nocial a la filial Hyundai India por un servicio de *brand building* a favor del propietario legal de la marca (la matriz HMC Korea), determinada a partir de la valoración global (con ajustes) realizada por «Interbrand» en relación con la marca Hyundai, al considerar que no se acreditó la existencia de un auténtico servicio intragrupo por parte de la filial licencianta a favor de la matriz licenciante.

3. ALGUNOS COMENTARIOS AL HILO DE LA SENTENCIA DEL ITAT EN EL CASO HYUNDAI: LOS INTANGIBLES DE MARKETING A LA LUZ DE LA ACTUALIZACIÓN BEPS DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL DE PLENA COMPETENCIA

En primer lugar, este pronunciamiento debe conectarse con la jurisprudencia actualmente dominante en India⁵ (particularmente, los «*leading cases*» *Sony Ericsson* y *Maruti-Suzuki*)⁶ que en gran medida ha superado o por lo menos matizado sensiblemente⁷ el *bright line test* representado por la

⁵ El origen de esta jurisprudencia que establece que, como regla, la realización de una actividad de marketing por el contribuyente como parte de una función integrada en una transacción principal (distribución comercial) no constituye una transacción intragrupo separada (*brand building activity* a favor del propietario legal de la marca) resulta de la sentencia de la *Delhi High Court of India* en el caso *Bausch & Lomb Eyecare India* (ITA n.º 643, 675-77/2014 & 165, 166/2015), más tarde confirmada en los «*leading cases*» *Sony Ericsson Mobile Communications* (2015 374 ITR 118 (Del)) y *Maruti-Suzuki India* (Delhi High Court, IN:SC, 2016, *Maruti Suzuki India Ltd* TS-747-SC-2016-TP), y en todos aquellos pronunciamientos concordantes (v. gr.: *Luxottica India Eyewear*, ITA n.º 1492/Del/2015, ITA n.º 1205/Del/2016 & ITA n.º 344/Del/2017).

⁶ La jurisprudencia *Sony Ericsson* ha sido confirmada a través de una serie de pronunciamientos posteriores (*Nikkon, Whirpool, Discovery Communications, Yum Restaurants, Swarovski India Pl* y *Luxottica India Eyewear Pvt. Ltd*) al igual que acontece con el «*leading case*» *Maruti-Suzuki* (*Mattel Toys, Diageo, Mondelez, Goodyear, Heinz* y *Essilor*). Respecto de esta jurisprudencia pueden consultarse los siguientes trabajos: MITRA, R.: «Marketing Intangibles-life after the Delhi High Court's ruling in Sony Ericsson», *Transfer Pricing International Journal*, Bloomberg BNA, 5/6/2015; TOLIA, MEHTA y KOTAK: «Life After High Court decision on marketing intangibles», *Transfer Pricing Report*, Bloomberg BNA, 13/8/2015; y BILANEY: «Marketing Intangibles: An Indian Perspective», *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016, págs. 519 y ss.

⁷ La jurisprudencia de India ha puesto de relieve como el valor de las marcas comerciales no depende únicamente de las actividades y costes de marketing, sino también de la calidad y naturaleza de los bienes y servicios comercializados (caso *Sony Ericsson*), y en tal sentido el *bright line test* (*net sales/AMPs*) no determina por sí mismo la existencia

jurisprudencia *LG Electronics* (aunque con origen en el precedente *americano DHL*⁸ que pivotaba sobre la denominada «*developer-assister rule*» recogida en las *US Treas.Regs.1.482* de 1968) utilizada para practicar el ajuste de precios de transferencia en el caso *Hyundai*, entre otros. El referido *bright line test* había validado una práctica administrativa con arreglo a la cual se consideraba que una filial local que desarrollaba funciones o actividades de comercialización (o fabricación) de productos bajo una marca cedida en uso por su matriz extranjera prestaba un servicio intragrupo de *brand building* al propietario jurídico de tal marca, allí donde el *benchmarking* de comparables a partir de un análisis *net sales/AMPs* revelaba que el ratio (intensidad cuantitativa de AMP/gastos marketing y publicidad) de la filial distribuidora (*normal/entrepreneur distributor*, y no un *limited-risk distributor*) superaba el referido rango determinado en función de los comparables. Es decir, el *bright line test* (*net sales/AMPs*) que resultaba en un ratio de gastos de marketing y publicidad que superaba el de las empresas comparables permitía a la Administración tributaria de India realizar un ajuste de precios de transferencia a tal filial presumiendo una «operación de servicios intragrupo de *brand building*» a favor del propietario legal de la marca, a pesar de que no existiera un contrato intragrupo y tales actividades de marketing y publicidad constituyeran funciones empresariales conectadas y directamente relacionadas con su actividad de distribución comercial.

La jurisprudencia posterior y actualmente dominante ha matizado sensiblemente tal enfoque (el *bright line test*), aunque sin superarlo completamente. En particular, a partir de los «*leading*

de una operación de prestación de servicios intragrupo, sino que esta debe inferirse de otro conjunto de evidencias y factores. Los costes de marketing se consideran gastos correlacionados con la comercialización o venta de productos y servicios, y no costes específicamente dirigidos a desarrollar el valor de una marca.

⁸ *DHL Corp. Commissioner*, 285 F.3d 1210 (9th Cir 2002). El Tribunal de Apelación consideró que a los efectos de determinar el propietario de la marca internacional DHL había que atender a la *developer-assister rule*, estableciendo que DHL constituía el «propietario fiscal» de la marca (al margen de la titularidad legal) ya que era la entidad que había desarrollado (asumido el coste) de las actividades de «*advertising, publicity & promotion*» fuera de los Estados Unidos, de forma consistente con el concepto de «*IP developer*» recogido en las *US Treas.Regs.1.482* aplicables en tal momento (*1968 regulations*) y que fueron reemplazadas en el año 2009 eliminando tal regla (*developer-assister*) y estableciendo una regulación basada fundamentalmente en la titularidad legal/contractual de determinados intangibles (patentes y marcas) pero que toma en consideración las actividades de desarrollo de los intangibles por otras entidades del grupo distintas del propietario legal en términos muy próximos a los que ahora aparecen reflejados en las nuevas Directrices de Precios de Transferencia (2017); nótese que a partir de 2009 la regulación norteamericana abandona, con carácter general, el concepto de propietario económico de un intangible de marketing y adopta un enfoque monista basado en un (normalmente) único propietario o titular jurídico, remunerando a las demás empresas asociadas que contribuyen a dotarlo de valor a través de funciones específicas con materialidad; ello implica, a su vez, diferenciar entre la cuestión de la titularidad del intangible y la imputación del beneficio derivado de su explotación, tal y como hacen ahora las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017 (*vid.*: ANDRUS: «USA. National Report» en *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 92.^a, 2007, págs. 629 y ss.; MARKHAM, M.: *The Transfer Pricing of Intangibles*, Kluwer, 2005, págs. 48-51; VERLINDEN; SMITS y LIEBEN: *Mastering the IP Life Cycle*, PwC, Belgium, 2005, págs. 220 y ss.). En el caso *Amazon v. Commissioner* (148 TC, n.º 8 Docket n.º 31197-12, de 23 marzo de 2017) la *Tax Court* también adoptó una posición similar a efectos de determinar el *buy-in payment* del *Cost-Sharing* descontando la contribución al desarrollo de los intangibles marcarios de Amazon por las filiales europeas (*vid.*: CALDERÓN: «La sentencia de la US Tax Court en el caso Amazon: Un precedente relevante sobre controversias de precios de transferencia, intangibles y economía digital», *RCyT. CEF*, n.º 411, junio 2017, págs. 85 y ss.

cases» *Bausch & Lomb*, *Sony Ericsson* y *Maruti Suzuki India*, los tribunales de India vienen excluyendo los ajustes de precios de transferencia automáticos derivados de la aplicación del referido enfoque (*bright line test net sales/AMPs*), de suerte que la existencia de un «servicio intragrupo de *brand building* o de marketing» solo puede establecerse o determinarse de forma casuística a partir de un análisis fáctico de las actividades y funciones desarrolladas por la filial, tomando en consideración muy particularmente la contraprestación de mercado obtenida por la misma. De esta forma, allí donde se verifica que la filial obtiene una remuneración de mercado (con arreglo a la metodología y comparables adecuados) por las funciones que desarrolla (distribución o fabricación y comercialización), la Administración no podría realizar un ajuste por la vía de «construir» o determinar la existencia de una operación intragrupo de prestación de servicios de *brand building*, incluso cuando se cumple la premisa del *bright line test* y se supera el ratio *net sales/AMPs* de la filial respecto de las empresas comparables.

Ahora bien, los tribunales de India no han erradicado completamente el referido enfoque de *bright line test*, de suerte que a la hora de enjuiciar el cumplimiento de la normativa de precios de transferencia en el marco de ajustes realizados por la Administración, se sigue tomando en consideración la intensidad de las funciones de marketing desarrolladas por las filiales locales (*normal entrepreneur*)⁹ a efectos del análisis de comparabilidad y de la determinación del *profit allocation* correlativo con las funciones y costes de marketing propios de tal filial. Así, allí donde se verifica que, con arreglo a una metodología y comparables adecuados, el beneficio imputado a la filial local en relación con las distintas operaciones intragrupo no es de mercado (con arreglo a tal perfil funcional que tiene en cuenta, además de la realidad contractual, los activos y los riesgos asumidos, la intensidad de las funciones de marketing representada por el ratio *sales/AMPs*)¹⁰, se acepta la realización de un ajuste de precios de transferencia por la Administración en relación con las operaciones intragrupo realizadas por tal filial (aprovisionamiento¹¹, cesión de intangibles, fabricación, etc.), o bien la propia utilización del método del *Profit Split*; asimismo, en estos casos también se considera que puede existir una prestación de servicios a favor del titular jurídico de los intangibles de marketing que puede articularse a través de un *cost-plus* (con *mark-up*, respecto de los *non-routine or excess AMPs expenditures*). Es decir, la jurisprudencia dominante rechaza los ajustes automáticos que «construyen» o determinan «prestaciones intra-

⁹ Las distribuidoras de riesgo limitado genuinas quedan al margen de este enfoque que requiere tener en cuenta las funciones de marketing, aunque en la práctica ello requiere consistencia en el análisis funcional y retribución acorde a las funciones (y riesgos), y posiblemente el reembolso de determinados costes de actividades de publicidad o marketing.

¹⁰ Se considera que el ratio «*SG&A (selling, general and administrative expenses) to sales*», refleja de forma más adecuada la intensidad de las funciones desarrolladas por un distribuidor a los efectos del análisis de comparabilidad. *Vid.*: BILANEY: «Marketing Intangibles: An Indian Perspective», *op. cit.*, pág. 521.

¹¹ Por ejemplo, en el caso *Luxtottica India Eyewear Pvt. Ld* (ITA n.º 1492/Del/2015, ITA n.º 1205/Del/2016 & ITA n.º 344/Del/2017), el tribunal de India (Delhi ITAT) rechazó el ajuste de precios de transferencia basado en el *bright line test*, confirmando la jurisprudencia *Sony Ericsson*, pero consideró que procedía tomar en consideración la intensidad de los AMP a la hora de aplicar el método *Resale Minus* utilizado por el contribuyente para valorar las funciones de distribución de la filial local, sin que se aceptara el cambio de metodología (TNMM) propuesto por la Administración.

grupo de *brand building*» si se supera el ratio *sales/AMPs*, pero no excluye que puedan resultar válidos tales ajustes en situaciones donde se verifica una infrarremuneración de la filial en relación con las operaciones intragrupo contractualizadas o sus actividades principales (distribución o fabricación y comercialización). Igualmente, la intensidad de las actividades de marketing y publicidad, determinada a partir de un ratio de costes *AMPs/net sales*, puede afectar al análisis de comparabilidad y, por tanto, al *profit allocation* de la filial.

La posición adoptada por las autoridades fiscales y tribunales de India lejos de constituir un «exotismo» integra un enfoque que entronca y está conectado con la normativa norteamericana (sec.1.482 *Treas.Reg.*) y con el propio estándar internacional de plena competencia representado por las Directrices de Precios de Transferencia (2017) ya alineadas al Informe final (2015) OCDE/BEPS sobre las acciones 8-10: *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. También cabe mencionar otros enfoques como el de las autoridades mexicanas que, en casos donde la filial (local) comercializadora de productos de un grupo MNE utiliza los intangibles de marketing de su matriz con arreglo a un contrato de licencia, adoptan una posición restrictiva sobre la deducibilidad de los gastos de marketing y publicidad conectados con el posicionamiento de la marca en el mercado local, al considerar que le corresponde soportarlos al licenciante¹².

No obstante, no puede dejar de reconocerse que existen diferencias relevantes entre el enfoque adoptado en India a este respecto y el que resulta del estándar internacional en materia de precios de transferencia. En particular, cabría apuntar, por ejemplo, como, por un lado, las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) no utilizan en sentido estricto el *bright line test*, aunque sí hacen referencia a estos efectos a la intensidad de los costes de marketing por parte de las filiales distribuidoras¹³; por otro lado, el estándar internacional del *arm's length* no utiliza actualmente el concepto de «propietario económico» en contraposición con el «propietario jurídico o legal»; tal posicionamiento en modo alguno resulta neutral, toda vez que un distribuidor local que, como consecuencia de sus actividades de marketing, fuera calificado como «propietario económico» de la marca tendría un derecho sobre el mismo que «aflooraría», por ejemplo, en casos de terminación de un contrato de distribución a largo plazo o en operaciones de *restructuring*¹⁴; las Directrices OCDE (pre/post-BEPS)¹⁵ reconocen el valor de los intangibles generados

¹² QUIÑONES, T.: «Transfer Pricing Audits in Latin America», *ITPJ*, November/December 2016, pág. 504.

¹³ Véase el parágrafo 6.78 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) y los ejemplos 8 a 13 del anexo al capítulo VI de las mismas.

¹⁴ El intangible desarrollado localmente por la filial podría ser gravado a través de un *exit tax*, dado que las actividades de tal entidad han elevado el valor de desinversión de la matriz (vid.: *Transfer Pricing Practices and Challenges in India* (D.3.10.3) Enhancement of Exit Value), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, (2017).

¹⁵ Véanse el epígrafe E.2.3 del capítulo IX de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) y el epígrafe D.2.3 del capítulo IX de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2010). Nótese que existen diferencias significativas entre la guía de 2010 y 2017, de suerte que esta última (actualizada a BEPS) refleja los principios de alineamiento entre creación de valor y la imputación de beneficios, considerando las *DEMPE functions* respecto de los intangibles.

localmente a los efectos de la aplicación del *arm's length* en el contexto de una operación de reestructuración, aunque posiblemente el enfoque OCDE esté más enfocado a valorar el *goodwill*¹⁶ dado que tales actividades de marketing ya tendrían que haber sido objeto de remuneración de considerarse «*DEMPE functions*»¹⁷. Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017), siguiendo en gran medida la propia evolución de la regulación norteamericana, abandonan, con carácter general, el concepto de propietario económico de un intangible de marketing y adoptan un enfoque monista basado en un (normalmente) único propietario o titular jurídico, remunerando

¹⁶ Véanse los párrafos 6.27 a 6.29 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017); la versión de 2010 de las Directrices no reflejaba de forma nítida la problemática del *goodwill* como intangible a los efectos de los análisis de *transfer pricing*.

¹⁷ En relación con el alcance de las *DEMPE functions* véanse los párrafos 6.47 a 6.58 de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia. Nótese, en todo caso, que tales funciones no constituyen el único ni principal parámetro para la imputación de beneficios en las operaciones intragrupo relacionadas con activos intangibles y que operan de forma distinta dependiendo del grado de desarrollo del intangible (para. 6.49), de manera que no estamos ante un criterio de atribución de beneficios (y pérdidas) que pueda reemplazar al análisis casuístico, transaccional y fáctico de activos, funciones y riesgos. De este modo, el mero hecho de que una entidad intermedia asuma o soporte un coste de AMP (marketing o publicidad) sin desarrollar un control funcional sobre tal actividad y sin asumir riesgos no entraña una contribución de valor relevante respecto de los intangibles (paras. 6.11, 6.95-96 Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017). Respecto de las *DEMPE functions* cabría realizar algunas consideraciones. En primer lugar, algunos miembros de la administración americana (McDonald) que participaron en la elaboración del Informe sobre las acciones 8-10 de BEPS han enfatizado la necesidad de limitar el alcance práctico de las mismas, destacando lo siguiente: a) que el referido informe BEPS en ningún momento pretendió que las *DEMPE functions* conformaran la base de un análisis de cadena de valor que asignara el beneficio a funciones a partir de evaluaciones subjetivas sobre su importancia, lo cual viene a limitar de forma clara su uso para expandir enfoques de *Profit Split*; b) las *DEMPE functions* en modo alguno sustituyen un análisis funcional, sino que antes al contrario constituyen un instrumento complementario para perfilar tal análisis; en particular, las funciones DEMPE contribuyen a identificar el tipo de actividades y riesgos que controla activamente el propietario jurídico de los intangibles a efectos de revelar la existencia de estructuras con baja sustancia (*cash boxes*); c) sin embargo, las *DEMPE functions* no constituyen un método de *profit/loss allocation*, sino tan solo una fórmula para detectar *cash boxes* y refinar el análisis funcional (FINLEY, R.: «Forget DEMPE Label, McDonald Says», *TNI*, April 3, 2017, págs. 38-39). En segundo lugar, varios autores han criticado la desviación del *arm's length principle* que resulta de las *DEMPE functions* como criterio que contribuye a determinar el *profit allocation*, dado que no coincide con lo que acontece entre empresas independientes (BALLENTINE, J.: «Ownership, Control and the Arm's length standard», *TNI*, June 20, 2016, págs. 1.177 y ss.). En tercer lugar, otros autores han puesto de relieve la dificultad para aplicar en la práctica el *profit allocation* de forma consistente con las *DEMPE functions*, ya que la guía de la OCDE es negativa y no aborda un buen número de cuestiones prácticas: ¿qué pasa si el control de las funciones DEMPE está fragmentado en una multitud de filiales?, ¿qué acontece si las personas que ejercen el control de tales funciones son geográficamente móviles?, ¿qué sucede con las transmisiones de los intangibles por parte del propietario jurídico, habría que compensar a las entidades que realizan las *DEMPE functions*?, ¿qué acontece con los casos de desarrollo no exitoso de los intangibles, las pérdidas se asignan a la jurisdicción de residencia de la entidad que controla las *DEMPE functions*?, ¿qué acontecería respecto de un cambio funcional sobre la localización de las personas que controlan las *DEMPE functions*, se genera un *exit tax*? (TOBIN, J.: «Intangible BEPS Risks», *45 TM International Journal* 226, 4/8/2016). Y en cuarto lugar, se ha indicado como una fórmula ideada para contrarrestar *tax planning* agresivo a través de *cash boxes* puede traer consigo otro tipo de planificación fiscal internacional que pivote a partir de la imputación de los beneficios a *DEMPE companies* situadas en países de baja tributación (WITTENDORF, J.: «BEPS Actions 8-10: Birth of a new Arm's length principle», *TNI*, January 25, 2016, págs. 331 y ss.).

a las demás empresas asociadas que contribuyen a dotarlo de valor a través de funciones específicas con materialidad; ello implica diferenciar entre la cuestión de la titularidad del intangible y la imputación del beneficio derivado de su explotación.

En este mismo orden de cosas, cabe recordar como el informe OCDE/G20 BEPS, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation* (acciones 8-10), ha matizado sensiblemente los principios en materia de operaciones intragrupo con intangibles referidas a la distribución comercial, aceptando a grandes rasgos los principios derivados de esta jurisprudencia de India y de Estados Unidos que expanden la atribución de beneficios a los países fuente/mercado a través del reconocimiento de su contribución funcional al desarrollo de los intangibles de marketing¹⁸. La posición de la OCDE remite a un análisis muy casuístico que tiene en cuenta básicamente una serie de elementos: a) la existencia de contratos a corto o largo plazo de distribución de mercancías en el mercado local; b) la caracterización funcional del distribuidor, particularmente su nivel de riesgo y de autonomía a la hora de la realización de actividades de marketing y desarrollo de mercado (*DEMPE functions*)¹⁹; c) el tipo de transacciones intragrupo existentes entre la filial y el resto del grupo (aprovisionamiento, licencia de fabricación, pago de *royalties* por cesión uso de la marca); d) el nivel de penetración o desarrollo del mercado local respecto de los productos de la matriz; e) el nivel cuantitativo de los costes de marketing y publicidad asumidos por la filial analizados a partir de un examen de comparables (*benchmarking* comparabilidad AMP), y eventualmente el reembolso de los mismos por la matriz; f) los márgenes de beneficio de la filial analizados a partir de un *benchmarking* de empresas comparables (análisis funcional que incluya el análisis de intensidad funcional/riesgos desarrollo actividades de marketing).

La OCDE ha desarrollado esta parte de la guía del *arm's length standard* en un contexto post-BEPS a efectos de tratar de determinar la contribución de las filiales locales al desarrollo y expansión de los intangibles marcarios de la matriz (o del correspondiente titular legal o jurídico del intangible marcario), de cara a implementar en este ámbito específico el principio estructural

¹⁸ Véanse el epígrafe B.4.1 (*Development and enhancement of marketing intangibles*) y los ejemplos 8 a 13 recogidos en el anexo al Informe BEPS acciones 8-10. Tal epígrafe aparece igualmente recogido en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017. La versión de 2010 de las Directrices de Precios de Transferencia también incluía en el capítulo IV un epígrafe (D) relativo a «Actividades de comercialización realizadas por empresas que no son propietarias de una marca comercial o de un nombre comercial». No obstante, existen diferencias significativas entre la guía de principios de 2010 y 2017, no resultando asimilables en modo alguno. En particular, la guía de 2010 advertía básicamente del problema, esto es, que la remuneración del distribuidor local en ocasiones podría requerir tener en cuenta su contribución al desarrollo del intangible de marketing o al propio mercado, en tanto que la guía de 2017 aborda esta cuestión de forma más estructural estableciendo una serie de principios y reglas a este respecto que están conectadas con el nuevo enfoque sobre *profit allocation* en relación con la explotación de intangibles. La normativa de precios de transferencia norteamericana ya venía considerando esta cuestión fundamentalmente desde una perspectiva *inbound*.

¹⁹ La Administración de India considera que la persona que toma las decisiones importantes en relación con la AMP *function*, como la decisión de la estrategia, fijación del presupuesto y ejercicio del control global sobre la función, es la persona que soporta el riesgo de la actividad de AMP y es a la que corresponde imputar el beneficio adicional generado por tal función (*Transfer Pricing Practices and Challenges in India*, (D.3.10.6), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2017).

BEPS del alineamiento entre las actividades de creación de valor y el *profit allocation ex transfer pricing*. La fórmula para llevar a cabo tal implementación se basa en la idea de que determinadas actividades que virtualmente repercuten o influyen de forma efectiva y significativa en la creación de valor de los intangibles (las *DEMPE functions*) constituyen actividades y funciones que impactan sobre la asignación de los beneficios en las operaciones intragrupo, erosionando o limitando de manera relevante el viejo principio de la imputación del beneficio residual a la matriz (o sociedad intermedia) una vez descontado el beneficio rutinario asignable a una filial en función de la aplicación del principio de plena competencia a cada una de las operaciones intragrupo realizadas por la misma.

En el específico ámbito de las actividades de distribución por filiales locales en los distintos mercados, la OCDE ahora considera que tales filiales pueden estar realizando en determinados casos ciertas *DEMPE functions* –desarrollo y ampliación de activos intangibles– en el marco de su actividad de comercialización de los productos y servicios del grupo²⁰. De alguna forma, la OCDE termina considerando que aquellas actividades de la filial distribuidora que superan un umbral (fijado a partir de factores cuantitativos y cualitativos relacionados con las actividades de marketing y publicidad) determinando una contribución funcional sustancial al «desarrollo del mercado (local)» integran igualmente actividades de «desarrollo de los propios intangibles de marketing» utilizados con motivo de tal comercialización (marcas de producto y de servicios).

La determinación de cuándo la filial distribuidora, a través de sus funciones de marketing y publicidad realizadas para la comercialización de los productos fabricados por el grupo, desarrolla *DEMPE functions*, esto es, una contribución sustancial de valor (desarrollo y expansión) de los «marketing intangibles» ostentados por el titular jurídico de los mismos, que debe ser objeto de remuneración de mercado (*profit allocation aligned with value creation*), tal y como hemos avanzado, constituye una cuestión de hecho a analizar caso a caso bajo principios básicamente coincidentes con los resultantes de la jurisprudencia de India que hemos comentado a grandes rasgos. Así, la OCDE admite que una filial distribuidora con riesgo limitado (riesgos de inventario, de crédito y financiero), que recibe una remuneración de mercado por la comercialización de los productos de la matriz, debe recibir una contraprestación de mercado por actividades de marketing que desarrolla por orden y cuenta de su matriz (o titular jurídico de la marca) cuando esta determina y controla totalmente sus actividades de marketing, fijando el plan y el presupuesto al respecto²¹. Igualmente, la OCDE considera que cuando la filial distribuidora desarrolla, por cuenta propia y ostentan-

²⁰ La Administración de India, tras la publicación del Informe final (2015) OCDE/G20 sobre las acciones 8-10, fundamenta su enfoque sobre la creación de valor con respecto a los intangibles de marketing por las filiales locales utilizando la propia terminología y principios BEPS, particularmente las *DEMPE functions* (*Transfer Pricing Practices and Challenges in India*, (D.3.10.Marketing Intangibles), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2017). En el pasado tal enfoque de *bright line test* era explicado a partir de principios desarrollados localmente (*Emerging Transfer Pricing Challenges in India* (Chapter 10. Country Practices, epígrafe 10.4.8.12.Marketing Intangibles), en *UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries*, 2013).

²¹ Ejemplo 8 recogido en el anexo al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017).

do un cierto margen de maniobra o autonomía, actividades de marketing y publicidad o acciones de desarrollo del mercado local incurriendo en un volumen de costes o publicidad que supera de forma significativa el esfuerzo e intensidad cuantitativa y cualitativa de las actividades/costes de marketing y publicidad llevado a cabo por empresas comparables (bajo condiciones contractuales y funcionales equiparables), tal contribución sustancial al desarrollo del mercado y los intangibles de marketing debe ser objeto de remuneración, siempre que los márgenes de beneficios obtenidos por tal filial sean significativamente más bajos que los logrados por las empresas comparables a partir de un análisis de varios años²²; en el caso de que la imputación de beneficios a la filial fuera significativamente más baja que la obtenida por las empresas comparables, se contemplan varias fórmulas para instrumentar la remuneración de mercado por tal contribución de valor que van desde una reducción del precio de las mercancías, minoración del eventual *royalty*, el uso del método del *Profit Split*, o la articulación de un flujo de servicios inverso filial-matriz (titular jurídico de los intangibles de marketing) que considere tal exceso de costes de marketing respecto de los asumidos por empresas comparables, incluyendo el correspondiente *mark-up*²³.

Así, desde un plano práctico y simplificando el análisis, el nuevo enfoque post-BEPS desarrollado por la OCDE requiere tener en cuenta la intensidad (y autonomía) de las funciones de marketing y publicidad desarrolladas por las filiales locales que distribuyan (o fabriquen y comercialicen) productos de su matriz, atendiendo fundamentalmente a un ratio cuantitativo (v. gr., *test AMPs/net sales*) que permita una comparación con las empresas comparables que desarrollen actividades similares; dependiendo del caso y de un conjunto de circunstancias fácticas (por ejemplo, si se trata de una distribuidora de riesgo limitado o no o considerando la duración del contrato de licencia de distribución), funcionales y contractuales (*vid. supra*) puede requerirse que tales actividades de marketing sean objeto de remuneración específica (servicio de *brand building*) o se tengan en cuenta a efectos de fijar la remuneración de mercado de las operaciones intragrupo que ya tuvieran lugar (aprovisionamiento, cesión de propiedad industrial), ya a través de los «métodos tradicionales» ya utilizando el método del *Profit Split* en aquellos casos singulares y excepcionales donde pudiera resultar de aplicación. Ni que decir tiene que todo ello posee igualmente relevancia a efectos de elaborar la documentación analítica de precios de transferencia (*master & local files*), en cuanto a la definición de la cadena de valor de los intangibles de los grupos multinacionales²⁴; por tanto, la documentación de precios de transferencia en un contex-

²² Ejemplos 9, 10, 11 y 13 recogidos en el anexo al capítulo VI de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017).

²³ De alguna forma, la OCDE estaría matizando los propios principios establecidos sobre el funcionamiento del rango de mercado.

²⁴ A este respecto, cabe destacar la creciente relevancia que posee la documentación de precios de transferencia como mecanismo al servicio de los sistemas administrativos de control de riesgos fiscales de las empresas, de suerte que una documentación que se considere insuficiente en términos de fundamento de la «sustancia económica FAR» y el carácter comercial de las operaciones o estructuras documentadas evidencia una debilidad estructural que puede propiciar una investigación específica o más detallada de las transacciones de que se trate (*vid.*: KHWAJA; AWASTHI y LOEPRIK: *Risk-Based Tax Audits: Approaches and Country Experiences*, World Bank, Washington DC, 2011; a este respecto

to post-BEPS²⁵ no solo debe fundamentar la valoración *arm's length* de un pago intragrupo de cánones sino también que tal transacción se realiza con la entidad que funcionalmente ostenta el control de los activos y la sustancia necesaria a efectos del *profit allocation* de forma consistente con un *DEMPE analysis*.

A este respecto, no puede dejar de destacarse como estos nuevos principios OCDE en materia de *Development and Enhancement of marketing intangibles* forman parte del nuevo estándar internacional de plena competencia y en tal sentido deben ser muy tenidos en cuenta, considerando como las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017)²⁶ constituyen *Soft-law global*²⁷ que tanto las MNE como las Administraciones deben observar tanto en un contexto *inbound* como *outbound*, con independencia de su limitada virtualidad jurídica (interpretativa)²⁸, a

puede citarse el caso específico de la *Practical Compliance Guidance 2017/1* elaborada por la *Australian Tax Office, framework to self-assess transfer pricing risks on marketing hubs*; *vid.* en relación con la misma: IVANOVA, M.: «Australia's New Risk Framework and Its Effects on the Resources Industry», *TNI*, August 28, 2017, págs. 904-905).

- ²⁵ Particularmente, el *master file*, configurado con arreglo a la acción 13 de BEPS, contiene un apartado específico dedicado a la estrategia para el desarrollo, propiedad y explotación de los intangibles del grupo MNE (OECD/G20 BEPS, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, Action 13: 2015 Final Report, Annex I to Chapter V). A este respecto, se ha destacado como una de las aportaciones relevantes del proyecto BEPS en el ámbito de los precios de transferencia pasa por la «estandarización de la documentación», de suerte que esta no solo intensifica la transparencia y reduce significativamente la asimetría de información que mediaba entre las MNE y las Administraciones tributarias en lo relativo a las estructuras y cadena de valor de los grupos empresariales, sino también fomenta una doble coordinación fiscal entre Administraciones tributarias (que limita la competencia fiscal), y entre estas y los propios contribuyentes (BRAUNER, Y.: «Transfer Pricing in BEPS: First Round-Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)», *Intertax*, vol. 43, 2015, pág. 80).
- ²⁶ Las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de 2017 fueron aprobadas por el Consejo de la OCDE a través de la Recomendación C(95)126/FINAL (*as amended*), incluida como apéndice de tal versión de las mismas. La referida recomendación del Consejo de la OCDE conecta la nueva versión de las Directrices con el proyecto BEPS y el consenso alcanzado en el marco del mismo sobre sus principios y proceso de implementación inclusivo, instando a los países miembros y no miembros (OCDE) a seguir las nuevas directrices tanto a efectos regulatorios como aplicativos.
- ²⁷ RUITER, M.: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.
- ²⁸ Los efectos interpretativos de las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de cara a aplicar la normativa doméstica que establece el *arm's length* resulta heterogénea en el panorama internacional y depende de una serie de cuestiones de índole jurídica. Con todo, resulta bastante frecuente que la legislación doméstica de los países establezca una remisión explícita a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia de cara a facilitar la interpretación y aplicación de la normativa interna y dotar de consistencia con tal estándar internacional a la práctica fiscal nacional por parte de las autoridades fiscales y los contribuyentes. Lógicamente, los efectos interpretativos que poseen las Directrices OCDE de Precios de Transferencia tienen como límite los principios de legalidad y seguridad jurídica, de manera que la interpretación no puede superar la legislación y la aplicación de las mismas no puede resultar en enfoques sustantivos retroactivos. En relación con esta cuestión desde una perspectiva española (arts. 16 TRLIS y 18 LIS), *vid.*: MARTÍN y CALDERÓN: *Los precios de transferencia en la encrucijada del siglo XXI*, NetBiblio, 2012, págs. 68 y ss.; y CALDERÓN: «The Spanish Transfer Pricing Regime and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project», *Bulletin for International Taxation*, 2016, vol. 70, n.º 8, págs. 3 y ss. Por otro lado, no puede perderse de vista la dimensión europea del principio de plena competencia, de suerte que este se viene reconociendo y aceptando como un estándar internacional válido para el reparto del poder tributario entre los Estados e incluso como medida de prevención de la

efectos de fundamentar sus posiciones fiscales tanto en el contexto de la *tax compliance*, como en el marco de un procedimiento de comprobación o de resolución de controversias transfronterizas (MAP)²⁹. Al respecto, cabría mencionar, por ejemplo, como las autoridades fiscales mexicanas consideran que los cambios en las Directrices OCDE de Precios de Transferencia representan únicamente una más detallada explicación de la aplicación del principio de plena competencia a las operaciones intragrupo, de manera que cualquier inspección de precios de transferencia tomará en consideración la nueva versión post-BEPS de las mismas; tal posición podría determinar la exigencia de que la documentación de precios de transferencia no solo otorgue cobertura a la valoración *arm's length* de un pago intragrupo de cánones sino también que fundamentara la sustancia de las transacciones a partir de un *DEMPE analysis*³⁰. La Administración tributaria española también se muestra partidaria de un enfoque de *BEPS enforcement* por vía interpretativa; así, la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) ha destacado los efectos del proyecto BEPS sobre la planificación de la actividad de control tributario³¹, haciendo referencia expresa a los efectos interpretativos de las nuevas Directrices OCDE de Precios de Transferencia adaptadas a las acciones 8-10 y 13 de BEPS³².

En este mismo orden de cosas, no puede perderse de vista como esta parte de la guía de precios de transferencia que desarrolla los principios BEPS en cierta medida debe contextualizarse en el marco de un sistema de fiscalidad internacional más inclusivo que tiene en cuenta en mayor me-

erosión de bases imponibles; asimismo, la Comisión de la Unión Europea, desde una perspectiva distinta relativa al control de ayudas de estado *ex* artículo 107 del TFUE, considera que el principio de plena competencia interpretado con arreglo a las Directrices OCDE de Precios de Transferencia constituye una base válida para la determinación de la imputación de beneficios intragrupo que, como regla, excluye la existencia de una ayuda de Estado (*vid.: Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la UE, 2016/C 262/01, 19.7.2016; y DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings, 3 June 2016*).

- ²⁹ La conexión existente entre el artículo 9 de los CDI (que siguen el MC OCDE/ONU) y las Directrices OCDE de Precios de Transferencia refuerza la virtualidad jurídica de estas a la hora de interpretar y aplicar la normativa doméstica de precios de transferencia en el marco de tales convenios
- ³⁰ QUIÑONES, T.: «Mexico: Update of Transfer Pricing Regime in the Light of BEPS Actions 8-10 and 13», *ITPJ*, November/December 2016, pág. 509.
- ³¹ El Plan de Control Tributario AEAT 2017 (Resolución de 19 de enero de 2017) indica a este respecto que: «los órganos de la Inspección de los Tributos continuarán realizando actuaciones inmediatas de verificación y análisis de la información voluntariamente aportada por las empresas adheridas al Código, y planificarán y desarrollarán las actividades informativas y de control que estimen convenientes. Estas actuaciones estarán especialmente dirigidas a garantizar que las decisiones estratégicas de las empresas multinacionales no resulten contrarias al espíritu y finalidad de los informes sobre las líneas de actuación o "acciones" del Proyecto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de la OCDE».
- ³² El Plan de Control Tributario AEAT 2017 (Resolución de 19 de enero de 2017) indica a este respecto que: «También es importante resaltar las modificaciones introducidas en las Directrices de Precios de Transferencia en el marco de las acciones 8 a 10, así como de la acción 13 del Proyecto BEPS. Dichos informes, publicados el 5 de octubre de 2015, fueron objeto de la adopción formal por el Consejo de la OCDE el 23 de mayo de 2016, por lo que en la actualidad constituyen un instrumento que ya puede ser utilizado como elemento interpretativo de la normativa española de operaciones vinculadas, recogida en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades».

didada los intereses de los países emergentes y en desarrollo, ensanchando la tributación en la fuente, considerando, entre otros factores, como estos países vienen entendiendo que los principios del sistema de fiscalidad internacional pre-BEPS y las propias MNE venían infravalorando de forma estructural las contribuciones de creación de valor que se desarrollan en su territorio (mercados)³³. Como ha puesto de relieve el profesor BRAUNER, la OCDE, a través del Informe final sobre las acciones 8-10 de BEPS, articula reglas dirigidas a lograr que la imputación de los beneficios esté conectada con el desarrollo de funciones sustantivas, de manera que estos no se imputen de forma mecánica a *IP owner (cash box located in a tax haven)* allí donde las entidades distribuidoras desarrollan funciones materiales de desarrollo y comercialización de los intangibles. La articulación de esta mejor conexión entre imputación de beneficios y actividades de creación de valor a los efectos de la base imponible del impuesto sobre sociedades que persigue como objetivo el proyecto BEPS no descansa únicamente a través de las acciones 8-10 de BEPS relativas a la actualización del estándar internacional de precios de transferencia, sino también tiene lugar a través de la acción 7 de BEPS que trata de instrumentar una expansión de la tributación en la fuente por la vía indirecta (y posiblemente poco efectiva) del ensanchamiento del concepto del establecimiento permanente³⁴.

Ahora bien, la nueva guía OCDE que venimos comentando y en particular los criterios de *profit allocation* con respecto al desarrollo de actividades de creación de valor de los intangibles (funciones DEMPE) no solo operan expandiendo potencialmente la imposición en la fuente, sino que también pueden favorecer igualmente la asignación de beneficios a entidades intermedias que controlen los principales riesgos y el desarrollo de las «funciones (y costes de actividades) DEMPE» con respecto de los intangibles³⁵; particularmente, no puede perderse de vista como en

³³ Vid. en este sentido: FINLEY: «MNEs Consistently Undervalue Local Contributions, Developing Countries Say», *TNI*, April 17, 2017, págs. 221 y ss. El *Manual Práctico de Precios de Transferencia* (2017) elaborado por la ONU para países en desarrollo va más allá que las Directrices OCDE de Precios de Transferencia (2017) en lo referente a la guía sobre el desarrollo y expansión de los intangibles de marketing por los distribuidores locales, ampliando potencialmente la imposición en la fuente (*UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing countries, 2017*, B.5.2.13-B.5.2.17). El nuevo marco regulatorio de precios de transferencia de China (Circular SAT n.º 6, de 28 de marzo de 2017, sobre investigaciones especiales, ajustes de precios de transferencia y procedimientos amistosos) introduce a estos efectos el enfoque «DEMPEP» (*development, enhancement, maintenance, protection, exploitation and promotion*, en relación con la determinación del nivel de contribución de una empresa y las entidades asociadas respecto del valor de los intangibles de marketing; el hecho de que la Circular 6 SAT de China haya añadido e integrado las «actividades de promoción (P)» como parte de las funciones «DEMPE» pone de relieve una posición de las autoridades fiscales chinas consistente en tener en cuenta esta «función» que pueden desarrollar las filiales chinas distribuidoras de productos de MNE extranjeras dando a conocer tales productos y marcas en el mercado local. Lógicamente, tal eventual «función de promoción» y su incidencia a efectos del *profit allocation*, del «análisis FAR» o de la hipotética existencia de un servicio intragrupo de *brand building* dependerá de un conjunto de circunstancias (vid.: WEI, J.: «China's New Rules for Transfer Pricing and MAP», *TNI*, July 3, 2017, págs. 71 y ss.).

³⁴ BRAUNER, Y.: «Transfer Pricing in BEPS: First Round-Business Interests Win (But, Not in Knock-Out)», *op. cit.*, págs. 78 y 84.

³⁵ Esta conclusión puede resultar paradójica considerando que uno de los principales objetivos de las acciones 8-10 de BEPS fue precisamente desmantelar las estructuras de *cash boxes* por la vía de limitar al máximo el *profit allocation* a estructuras de explotación o de gestión (pasiva) de intangibles que carecieran de sustancia suficiente, de manera

un mundo globalizado y con modelos de negocio de economía digital tales funciones DEMPE pueden controlarse e incluso desarrollarse de forma remota³⁶, lo cual puede impactar de nuevo sobre la asignación del beneficio a los distribuidores locales.

En este sentido, resultan evidentes los intentos de la OCDE, a través de las acciones 8-10 y 7 de BEPS, dirigidos a expandir la imputación de beneficios al Estado de la fuente (país mercado) a través de un conjunto de fórmulas y criterios que terminan por recategorizar actividades tradicionalmente calificadas como rutinarias desarrolladas en los «países mercado» (*demand syde*) en actividades de creación de valor (funciones DEMPE que determinan una contribución al desarrollo de intangibles, o funciones logísticas que pasan a ser *core business*, control de los riesgos), aunque el sistema de fiscalidad internacional de imposición societaria sigue pivotando sobre la imputación sustancial de los beneficios a las funciones determinantes del *supply side* (algo que lógicamente trastocaría un modelo formulario como el propuesto por la Comisión UE a través de la Directiva CCCTB [Base Imponible Común Consolidada 2016] que asigne sustancialmente el beneficio en función de la jurisdicción donde se producen las ventas)³⁷. Ciertamente, considerando las fórmulas (reglas subjetivas que requieren análisis casuístico) arbitradas por la OCDE para expandir la asignación de poder tributario a los países fuente tomando en consideración determinadas actividades de creación de valor que son llevadas a cabo por las filiales/EP locales –que dejan de ser consideradas «rutinarias» o «auxiliares/preparatorias»– no puede menos que advertirse sobre las tensiones y riesgos fiscales (doble imposición) que potencialmente pueden resultar de su aplicación por parte de las autoridades fiscales de los distintos países, lo cual requiere un movimiento por parte de los contribuyentes extremando la consistencia de su modelo de *profit allocation* alineándolo a los nuevos principios derivados del proyecto BEPS.

A su vez, no puede perderse de vista como la complejidad de las organizaciones de las MNE y alto grado de fragmentación de las unidades de creación de valor en el seno de las mismas dificulta seriamente la aplicación consistente del *arm's length* en lo que se refiere a la imputación del beneficio a tales «unidades empresariales» que contribuyen a la generación de valor (desarrollando o no *DEMPE functions*), lo cual puede terminar favoreciendo un uso mucho más intensivo del método *Profit Split*, con todos los riesgos e inconvenientes que ello conlleva³⁸.

que solo las entidades que explotaran de forma activa los intangibles y realizaran el control estratégico y activo de las funciones DEMPE (junto con activos y riesgos) pueden ser objeto de una imputación sustancial de los beneficios y pérdidas derivadas de la explotación de los intangibles. Ello implica que entidades intermedias de gestión de activos intangibles dotadas de baja sustancia (DEMPE) quedan ahora en una posición de riesgo a efectos de defender un *profit allocation* significativo, el cual sí resultaba defendible bajo los estándares pre-BEPS.

³⁶ Vid., a este respecto, OLBERT y SPENGLER: «International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?», *WTJ*, February 2017, págs. 3 y ss.

³⁷ Vid., DE WILDE: «Lowering the Permanent Establishment Threshold via Anti-BEPS Convention: Much Ado About Nothing?», *Intertax*, vol. 45, Issues 8 & 9, 2017, págs. 556 y ss.

³⁸ STORCK; PETRUZZI; PANKIV y TAVARES: «Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing" in a Post-BEPS World», *ITPJ*, May/June 2016, págs. 218-219.

Nótese, asimismo, que la problemática asociada a la utilización de las marcas comerciales va más allá de las cuestiones comentadas, de suerte que, por ejemplo, también se plantea con cierta frecuencia la tensión inversa en el sentido de que las autoridades fiscales de los países de residencia de las matrices cuestionan la no facturación por parte de estas de la cesión implícita del uso de las marcas de servicios que utilizan las filiales en el extranjero³⁹. En este sentido, resulta evidente como la nueva guía aplicativa del principio de plena competencia resultante del Proyecto BEPS (las Directrices OCDE de Precios de Transferencia, 2017) lejos de reducir la tensión entre los Estados fuente y residencia (o jurisdicciones intermedias) en relación con la asignación y reparto de las bases imponibles relacionadas con la explotación de los intangibles, ha articulado reglas más analíticas, complejas y subjetivas que resultan de difícil aplicación práctica y que son susceptibles de generar asignaciones asimétricas de beneficios o exclusión de la deducibilidad de gastos que resulten en controversias fiscales internacionales y doble imposición sistémica.

En último análisis todo ello evidencia que la práctica de *transfer pricing* está evolucionando de forma tal que el tradicional enfoque formalista-contractual y unilateral está siendo matizado sensiblemente por enfoques de cumplimiento y supervisión fiscal más complejos de corte analítico (sustancialista) y bi(multi)laterales que contextualizan las transacciones en el marco de la cadena de valor del grupo.

En suma, basta una mera incursión en alguno de los aspectos centrales del estándar internacional sobre precios de transferencia para que se evidencien las tensiones existentes entre los distintos países respecto de la interpretación (asimétrica o no uniforme) de tal estándar, a la hora de fijar (de forma tendencialmente expansiva) la porción de la base imponible de las MNE (y empresas internacionalizadas) que pretende someter a imposición cada jurisdicción.

La propia evolución del sistema de fiscalidad internacional y, particularmente, del propio estándar del *arm's length* como consecuencia del proyecto OCDE/G20 BEPS, trae consigo un mundo fiscal en transición y un buen número de problemas de seguridad jurídica, legalidad y riesgos de doble imposición que deberían afrontarse de forma estructural por todos los implicados en la construcción del nuevo sistema como parte integrante del proceso de implementación de los nuevos estándares fiscales⁴⁰. En este sentido, algunos países ya han puesto en marcha mecanismos dirigidos a dotar de mayor previsibilidad y certidumbre la aplicación práctica de la normativa de precios de transferencia, arbitrando mecanismos que amplían las funciones admi-

³⁹ La jurisprudencia del *Bundesfinanzhof* alemán de los últimos años revela como las autoridades fiscales alemanas han realizado ajustes de precios de transferencia a las matrices alemanas por no facturar la marca comercial a sus filiales allí donde hacían uso de la misma en su actividad empresarial en el extranjero. El referido tribunal alemán (*BFH*) ha limitado la validez de tales ajustes exigiendo que se verificara o acreditara el valor comercial intrínseco de la marca y la capacidad para incrementar el desarrollo del mercado y potencial de ventas por parte del licenciario (*benefit test*). *Vid.*: ANDREE; BÄRSCH y KLUGE: «Licencing of Trademarks and the Use of Group Names: Recent Developments», *International Transfer Pricing Journal*, November/December 2016, págs. 513 y ss.

⁴⁰ RUITER, M.: «The Future of Transfer Pricing», *TNI*, October 17, 2016, págs. 295 y ss.

nistrativas de información y asistencia a los contribuyentes y los procedimientos de buena gobernanza dirigidos a reducir la litigiosidad en la materia⁴¹. Esta línea de acción no se limita, por tanto, a la mejora de la eficacia de los mecanismos de resolución de controversias fiscales internacionales en línea con la acción 14 de BEPS, sino que va mucho más allá y tiene que ver con medidas que pueden adoptarse en el ámbito doméstico (aunque en términos compatibles con los estándares internacionales).

Por tanto, el nuevo modelo de precios de transferencia post-BEPS no solo está llamado a provocar un cambio de conducta fiscal de las MNE, sino también un marco regulatorio más predecible y que articule de forma más intensa y estructural mecanismos y procedimientos más eficaces de prevención *ex ante* y resolución *ex post* de las controversias o litigios que resulten del nuevo y más complejo estándar en un mundo globalizado⁴².

⁴¹ Cabe citar por ejemplo, el caso de India que ha desarrollado desde «puertos seguros», pasando por la potenciación de APA a la articulación de *dispute resolution mechanisms* en materia de precios de transferencia (BILANEY, S.: «India. Transfer Pricing Trends and Dispute Resolution Mechanisms», *ITPJ*, January/February 2017, pág. 69). También puede hacerse referencia al caso de *voluntary compliance program for transfer pricing* de Japón (FINLEY: «Japan: Tax Agency Announces New Voluntary Compliance Program for Transfer Pricing», *TNI*, June 19, 2017, pág. 1.053), o los acuerdos sobre *safe harbors bilaterales* alcanzados entre Estados Unidos y México e India en relación con la metodología de precios de transferencia a aplicar con respecto a determinadas operaciones transfronterizas (SOONG JOHNSTON: «US Floats Transfer Pricing Safe Harbor Rules», *TNI*, June 12, 2017, pág. 974). Asimismo, cabe mencionar destacadas iniciativas internacionales como las de la OCDE (*Dealing with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD, Paris, 2012), la Unión Europea (EUTPJ: *Report on Transfer Pricing Risk Management*, JTPF/007/final/2013/EN), el informe del *IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers on Tax Certainty* (March 2017) o el *Toolkit for Addressing Difficulties in Accessing Comparable Data for Transfer Pricing Analyses* (2017) que elaboró la Plataforma de Colaboración fiscal (FMI, Banco Mundial, OCDE y la ONU). En este mismo orden de cosas, cabe destacar el «procedimiento de cooperación y colaboración reforzada» (*procedura di cooperaciones e di collaborazione rafforzata*) que recientemente (junio 2017) se ha puesto en marcha en Italia en relación con MNE extranjeras que operen en territorio italiano comercializando productos o servicios, a efectos de evaluar en un contexto o marco colaborativo/cooperativo la eventual existencia de un EP y la atribución de beneficios al mismo. A través de este procedimiento colaborativo la Administración tributaria italiana trata de lograr dos efectos, por un lado, reducir la litigiosidad derivada de un enfoque más agresivo llevado a cabo en el pasado con escasos o dudosos resultados en términos recaudatorios. Y por otro, desarrollar medidas de nueva generación y a corto plazo (*quick fix*) en relación con las MNE tecnológicas y la economía digital, de manera que de esta forma se desarrolla una medida que puede mejorar la gestión de riesgos fiscales desde la perspectiva administrativa y al mismo tiempo abrir una puerta para que las propias MNE reduzcan su exposición fiscal en un mercado relevante (*vid.*: ZUCHETI; TARDINI y LANFRANCHI: «The Italian Web Tax: The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishments in Italy», *ITPJ*, September/October 2017, págs. 390 y ss.). El «programa» de cumplimiento tributario cooperativo articulado en España a través del Código de Buenas Prácticas Tributarias AEAT-FGE (2010-2016) podría ser utilizado en términos similares, e incluso con un ámbito de aplicación más amplio, ya que no hay limitaciones objetivas/subjetivas como en el caso italiano.

⁴² En parecidos términos, *vid.* BENTLEY, D.: «Taxpayer Rights: Coping With Globalization and Uncertainty», *TNI*, April 11, 2016, págs. 191 y ss.