

El estándar *arm's length* no es el problema¹

La problemática tiene su origen en el sistema de tributación internacional.

Lorraine
Eden

Profesor Emérito de Administración e Investigador
de Investigación en Leyes, Texas A&M University

Next year is the 85th anniversary of the adoption of the arm's-length standard (ALS) by the U.S. government as the norm to be used for pricing transactions among related parties for the purpose of calculating their U.S. corporate income tax (CIT). The 1935 U.S. Treasury Regulations in §45-1(b) (later renumbered as §482 of the Internal Revenue Code) defined the ALS as: "The purpose of section 45 to place a controlled taxpayer on a tax parity with an uncontrolled taxpayer, by determining, according to the standard of an uncontrolled taxpayer, the true net income from the property and business of a controlled taxpayer." In other words, the purpose was to determine what a multinational enterprise's (MNE) net income from its property or business would have been if all of its transactions had been conducted with unrelated parties rather than with other affiliates. The U.S. Congress feared that MNEs would engage in income shifting to lower tax jurisdictions outside of the United States through mispricing of related-party transactions. The ALS was designed to prevent this by ensuring that transfer prices would clearly reflect MNE income and deter tax evasion.

Over the past 84 years, our understanding of the ALS has been clarified and codified through multiple U.S. Treasury regulations and Tax Court decisions. Transfer pricing professionals now view the ALS as requiring related-party transactions to be priced as if they had been negotiated between unrelated (arm's-length) parties engaged in the same or similar transactions under the same or similar facts and circumstances. In other words, "What would independent enterprises have done?" Answering this hypothetical question therefore requires a detailed comparability analysis and adjustments to ensure that sufficiently similar transactions took place under sufficiently similar facts and circumstances.

The simple sentence adding the ALS to U.S. tax law in 1935 has now spread and diffused around the world². Canada was an early adopter; §23B was added to the Income Tax Act in 1939 and the first Information Circular was published in 1987. Mexico followed later. The ALS was added to the Mexican Income Tax Law in 1976; enforcement was added in Article 64A in 1992.

Worldwide diffusion of the ALS has been primarily through the

El próximo año es el 85vo. aniversario de la adopción del estándar *arm's length* (ALS²) como estándar para el establecimiento de precios entre partes relacionadas por el gobierno de los Estados Unidos de América (EUA), en relación con el cálculo del impuesto sobre la renta empresarial (CIT³). Las Regulaciones del Tesoro de Estados Unidos de 1935 Sección 45-1(b) (después enumerada como Sección 482) abordaron la conceptualización del ALS de la siguiente manera: "El propósito de la sección 45 es colocar a un contribuyente controlado en igualdad de condiciones fiscales con un contribuyente no controlado, determinando, de acuerdo con el estándar de un contribuyente no controlado, los ingresos netos reales de la propiedad o negocio de un contribuyente controlado". En otras palabras, el propósito fue determinar cuál sería el ingreso neto derivado de sus propiedades o negocios si todas sus transacciones se llevaran a cabo con partes no relacionadas en vez de con otras partes afiliadas en el grupo multinacional (MNE³). El Congreso de EUA temía que las MNE transferirían ingresos a jurisdicciones con tasas de impuestos menores a las de Estados Unidos al fijar precios inapropiados de transacciones con partes relacionadas. El ALS fue diseñado para prevenir estas situaciones y asegurar que los precios de transferencia reflejarían claramente los ingresos de la MNE y además permitiera disuadir la elusión fiscal.

En los últimos 84 años nuestro entendimiento del ALS ha sido aclarado y codificado a través de varias Regulaciones de Tesoro de EUA y fallos de tribunales fiscales. Los profesionales de precios de transferencia ahora consideran al ALS como un requerimiento a las transacciones pactadas entre partes relacionadas para determinar cómo hubieran sido negociadas entre partes no relacionadas que llevan a cabo transacciones similares bajo los mismos hechos o circunstancias. En otras palabras: "¿Qué habrían hecho empresas independientes?" Para responder a esta pregunta hipotética se requiere de un detallado análisis de comparabilidad y ajustes que aseguren que las transacciones suficientemente similares (comparables) se llevaron a cabo bajo hechos y circunstancias suficientemente similares (comparables).

Esta simple oración, incluyendo al ALS en las leyes fiscales de los EUA en 1935, se ha difundido por el mundo⁶. Canadá fue uno

efforts of the OECD, which included the ALS in Article 9 (associated enterprises) of the 1964 draft (finalized in 1977) Model Tax Convention and issued its first Transfer Pricing Guidelines in 1979. The United Nations included the ALS in its 1977 draft Code of Conduct on Transnational Corporations and its 1978 Model Tax Convention. Under the active encouragement of the OECD and United Nations, the number of countries with detailed transfer pricing laws, regulations and rulings based on the arm's-length standard has tripled since 2003 and doubled since 2010, from 40 countries in 2003 to 59 countries in 2010 to 124 countries in 2019⁵.

With the 85th anniversary just around the corner, one might be expecting transfer pricing professionals to be getting ready to celebrate. However, that is not the case. The ALS now appears to be in retreat. Many transfer pricing experts argue the arm's-length standard (ALS) is "dead." Shepherd, for example, argued that, "The transfer pricing guidelines are a sorry vestige of a system that will be gone in 10 years⁶."

Criticisms of the ALS have been longstanding, going back at least to 1986⁵. The criticisms fall into two broad categories. First there are concerns, most prominently argued by non-governmental organizations such as the Tax Justice Network and Christian Aid, that MNEs have been deliberately engaging in abusive transfer pricing that is extensive, unfair and draining development⁶. The second criticism is that the transfer pricing rules are too difficult to implement for various reasons, of which the two most important reasons are that arm's-length comparables often do not exist (e.g., hard-to-value intangibles) and that MNEs benefit from synergies not available to unrelated parties.

Elsewhere⁷, I have addressed the second criticism: the ALS is unworkable due to lack of comparables and MNE synergy benefits. I assessed the criticism from both theoretical and practical bases, concluded that the transfer pricing rules can be salvaged, and made several recommendations for fine-tuning the ALS. Interested readers are directed to that article. In this piece, I want to address the first criticism: the arm's-length standard should be abandoned because MNEs are misusing the ALS to engage in extensive income shifting. My goal is to show that the arm's-length standard is not the problem. Moreover, I believe that many of the OECD's BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) reforms go a long way to remedying the worst income-shifting excesses of the past 20 years. On the eve of the 85th anniversary of the arm's-length standard, there is much to celebrate – although more remains to be done.

Quick Review of International Income Tax Principles

A quick review of basic international income tax principles may be useful here for readers who are not well versed in the intricacies of international tax law⁸.

The current international tax system as set out in the OECD and UN Model Income Tax Conventions and bilateral income tax treaties is based on the residence and source principles whereby different types of income are allocated to either to the residence country (where the owner resides) or the source country (where the income is ear-

de los primeros países en adoptar este estándar; la Sección 23B se introdujo a la LISR⁷ en 1939 y la primera Circular Informativa⁸ se publicó en 1987. México siguió después. El ALS se incorporó a la LISR mexicana en 1976, y su cumplimiento se incluyó en el artículo 64 A en 1992.

La divulgación mundial del ALS se debió principalmente a los esfuerzos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los cuales incluían al ALS en el artículo 9 (empresas asociadas) del borrador del Modelo Convenio Fiscal⁹ de 1964 (finalizado en 1977) y posteriormente en sus primeros Lineamientos de Precios de Transferencia en 1979. Las Naciones Unidas introdujo al ALS en su borrador del Código de Conducta para Corporaciones Transaccionales de 1977 y su Modelo de Convenio Tributario¹⁰ de 1978. Con el fomento activo de la OCDE y las Naciones Unidas, el número de países con detalladas leyes, regulaciones, o fallos de precios de transferencia basados en el ALS se ha triplicado desde el 2003, y duplicado desde el 2010, de 40 países en 2003 a 59 países en 2010, y a 124 países en 2019 (EY 2003: 3, 2010: 2, 2019^a: 2).

Con el 85vo. aniversario a la vuelta de la esquina, uno esperaría que profesionales de precios de transferencia se preparen para celebrar, sin embargo, ese no es el caso. El ALS parece estar en retirada. Muchos expertos en precios de transferencia alegan que el ALS está "muerto". *Shrepherd* (2012: 467), por ejemplo, argumenta que: "Las directrices de precios de transferencia son un lamentable vestigio de un sistema que desaparecerá en 10 años¹¹".

Críticas al ALS han existido por mucho tiempo, al menos desde 1968 (*Bird, Brean* 1986; *Langbein*, 1986; 1922). Las críticas generalmente se dividen en dos categorías. La primera surge de la preocupación, principalmente por parte de organizaciones no gubernamentales como la Red de Justicia Fiscal y Asistencia Cristiana¹², que las empresas multinacionales (MNE) de manera deliberada y abusiva han establecido precios de transferencia injustos impidiendo el desarrollo¹³. La segunda crítica es que las normas de precios de transferencia son demasiado difíciles de implementar por varias razones, de las cuales los dos factores más importantes son que comparables adecuados para la instrumentación del estándar *arm's length* a menudo no existen (por ejemplo, en el caso de los intangibles difíciles de valorar) y que las MNE se benefician de sinergias no disponibles para partes no relacionadas.

En otra de mis publicaciones, Eden (2016), he abordado la segunda crítica: "no es posible aplicar el ALS dado la falta de comparables y beneficios de sinergias para las MNE". El análisis de esta crítica fue considerado de manera teórica (pero haciendo consideraciones de orden práctico), y concluyo que las normas de precios de transferencia pueden ser rescatadas, y presenté varias recomendaciones para adecuar y mejorar el ALS. Lectores con interés pueden referirse a esa publicación. En este escrito, quiero tocar el tema de la primera crítica: el ALS debe ser abandonado dado que las MNE lo emplean extensivamente para trasladar ingresos. Mi objetivo es mostrar que el ALS no es el problema. También considero que muchas de las reformas BEPS¹⁴ emitidas por la OCDE han contribuido en gran medida para remediar los peores excesos por transferencia de ingresos en los últimos 20 años. A la víspera del 85vo. aniversario del ALS, hay mucho que celebrar, pero queda mucho por hacer.

ned). Typically the source (or host) country is given first crack at the corporate income tax base and the country of residence, assuming it taxes rather than exempts its MNEs' foreign-source income, normally provides tax room for the source country through a foreign tax credit or deduction of foreign income and withholding taxes up to the level of the residence country tax rate. Foreign subsidiaries are treated as separate entities for tax purposes, that is, as standalone legal entities in the host country using separate accounting. Foreign branches may also be treated as de facto separate entities if they meet the permanent establishment test.

Because foreign subsidiaries and permanent establishments (branches) are treated as separate from their parent firm, their profits are determined on a country-by-country basis. As a result, transactions among the MNE parent and its foreign affiliates can affect where the MNE's group profits are declared and taxes paid. Overinvoicing (underinvoicing) of exports shifts profits into (out of) the exporting affiliate; the reverse is true for the importing affiliate. The arm's-length standard is therefore necessary as a backstop to the international tax system. The ALS prevents MNEs from engaging in tax avoidance and evasion strategies designed to shift income to lower taxed activities and jurisdictions by requiring that transfer prices clearly reflect the income earned by the separate entities within the MNE.

The Tax Design Problem

I believe the first critique made by professionals and academics who would like to scrap the arm's-length standard is misplaced. The excessive income shifting among tax jurisdictions that we have witnessed over the past 20 years is not a transfer pricing problem but rather an income tax design problem. I believe the criticism is a good example of "shooting the messenger" rather than facing up to and addressing the underlying problem. Abusive transfer pricing is caused by perverse incentives – set in place by governments – that encourage MNEs to manipulate transfer prices to take advantage of differences in tax rates across jurisdictions. This is not a transfer pricing problem but an international tax regime "design" problem. It is best handled by fixing the gaps in the international tax system rules. If governments, NGOs and the general public do not like the way that multinational firms are allocating their taxable income among countries and the amounts of tax (or lack of tax) they are paying, the problem should be laid at the feet of governments, not the MNEs. The prescription should be: Physician heal thyself!

Arguing that the OECD, United Nations, and national tax authorities should scrap the arm's-length standard is misplaced and misguided. The international tax system has had gaping holes that provide many legal opportunities for MNEs to engage in regulatory arbitrage. Moreover, the rules have become ever more complicated and complex, in terms of both the length and variety of regulations and the number of countries with these rules, making it ever more difficult for MNEs to keep up with national regulations.

The best solution would be to re-establish the principles of international equity and efficiency that underpin the international tax system by tightening and eliminating the tax loopholes that create the incentives for transfer mispricing. While there will always be

Resumen rápido a los principios del ISR a nivel internacional

Un resumen rápido a los principios básicos del ISR a nivel internacional puede ser útil en este punto para los lectores que no conocen a detalle las complejidades del derecho fiscal internacional¹⁵.

El actual sistema fiscal internacional, establecido en la Convención Modelo sobre la Tributación de las Naciones Unidas y el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, así como en los tratados bilaterales del impuesto sobre la renta, se basa en los principios de residencia y el origen, mediante los cuales se asignan diferentes tipos de ingresos al país de residencia (donde reside el propietario o matriz) o al país de origen (donde se obtienen los ingresos). Por lo general, el país de origen (o país anfitrión) tiene prelación en la base gravable del ISR empresarial; mientras que el país de residencia, en el supuesto de que grave los ingresos de fuente extranjera de sus empresas multinacionales (MNE¹⁶), proporciona un margen fiscal para el país de origen, ya sea a través de un crédito o deducción fiscal por impuestos pagados en el extranjero, o mediante retenciones fiscales hasta el nivel de la tasa tributaria del país de residencia. Las filiales extranjeras son consideradas como entidades separadas para propósitos fiscales, es decir, entidades legales independientes en el país anfitrión empleando una contabilidad separada. Las sucursales extranjeras también pueden ser tratadas como entidades separadas de facto si satisfacen la prueba de establecimiento permanente.

Ya que las filiales extranjeras y los establecimientos permanentes (sucursales) se tratan de modo separado respecto a su matriz, sus ganancias se determinan país por país. Por lo tanto, las transacciones entre la matriz de la MNE y sus filiales extranjeras pueden incidir en el lugar donde se declaran y pagan impuestos por las ganancias corporativas de la MNE. La sobrefacturación (o subfacturación) de las exportaciones desplaza los beneficios hacia dentro (o hacia fuera) de la filial exportadora; situación contraria se da con la filial importadora. Por lo tanto, el ALS es necesario como respaldo al sistema fiscal internacional. El ALS evita que las MNE participen en estrategias de elusión y evasión de impuestos diseñadas para trasladar ingresos a actividades y a jurisdicciones con impuestos más bajos, requiriendo que los precios de transferencia claramente reflejen los ingresos obtenidos por las diferentes entidades dentro del MNE.

El problema de diseño tributario

Considero que la primera crítica hecha por profesionales y académicos a quienes les gustaría abandonar el ALS es inapropiada. La variación excesiva de ingresos entre jurisdicciones fiscales que hemos presenciado en los últimos 20 años no es un problema de precios de transferencia, sino más bien un problema en el diseño del ISR. Creo que la crítica al principio *arm's length* es un buen ejemplo de la expresión "matar al mensajero" y elude enfrentar y abordar el problema subyacente. Los precios de transferencia abusivos *son causados por incentivos perversos, establecidos por los gobiernos*, que alienan a las MNE a manipular los precios de transferencia para aprovechar las diferencias en las tasas tributarias entre jurisdicciones. Este no es un problema de precios de transferencia, sino un problema de "diseño" del régimen fiscal internacional. Esto se resuelve corrigiendo

firms that will push the envelope in terms of tax aggressiveness – moving across the “bright line” from tax avoidance into tax abuse and possibly tax evasion – the majority of MNEs pay their taxes and follow the rules that have been laid down for them by national governments.

To end abusive transfer pricing, the first step must be to reduce the incentives that governments have put in place to encourage and enable MNEs to engage in these income shifting activities. Here I discuss three possible alternatives. The first is a simpler international tax system – one based on the classical system of residence taxation of foreign-source income with foreign tax credits for source-based taxation on an accrual basis. If large OECD home countries were to adopt such a system, it would eliminate most of the incentives for abusive behavior that riddle the current international tax regime. The second alternative – closing the tax loopholes – is well underway with the OECD's BEPS project and the new Multilateral Instrument. The third alternative – replacing the current system with source-based taxation using global formulary apportionment (GFA) – would, I believe, be a disastrous mistake.

Alternative 1: Return to First Principles: International Tax Equity and Neutrality

Alternative 1 is probably the least likely to happen, particularly since the 2017 Tax Cuts and Jobs Act has moved in exactly the opposite direction. Still, it is useful to explore this option.

To reduce the incentives for MNEs to engage in abusive transfer pricing, residence countries should tax foreign-source income (FSI) on a worldwide basis as earned, with no deferral provided for income kept offshore. Common residency definitions should be adopted so that MNEs cannot exploit differences in definition across countries so as to become stateless and tax free (for example, as Ireland did for many years with its two definitions of MNE residency).

I am not alone in this view. For example, Avi-Yonah argues that OECD governments should return to the traditional way of taxing MNE profits: home country taxation of the MNE's worldwide income on an accrual basis coupled with foreign tax credits for foreign-source income taxes⁹. He recommends that “Each OECD member country impose tax at its normal corporate rate on the entire profit of multinationals that are managed and controlled from headquarters within it, with a foreign tax credit for taxes imposed by other jurisdictions¹⁰”.

Developing countries would benefit from this policy change because it would enable their governments to re-establish corporate income and withholding taxes, creating a revenue stream that could be used for social and other domestic purposes. Developing countries would not have to worry about the potential loss of inward foreign direct investment (FDI) due to competition from tax havens and other lower taxed jurisdictions. In effect, the OECD countries would provide an “umbrella” level of corporate income taxation under which developing countries could “shelter” their own corporate income taxes, protected from evisceration by mutually destructive rate cutting. The “first crack” principle would enable developing countries to raise their taxes on inward FDI income, knowing that these

las deficiencias en las reglas del sistema tributario internacional. Si a los gobiernos, a las ONG y el público en general no les gusta la forma en que las MNE están asignando su renta gravable entre los países y el monto de impuestos (o falta de impuestos) que están pagando, este problema debe presentarse ante los gobiernos, no ante las MNE. La receta debe ser: ¡Médico, cúrese a sí mismo!

Es inapropiado y equivocado argumentar que la OCDE, las Naciones Unidas y las autoridades fiscales nacionales deberían descartar el ALS. El sistema tributario internacional tiene enormes vacíos que brindan muchas oportunidades legales para que las MNE participen en arbitraje regulatorio. Además, las reglas se han vuelto cada vez más complicadas y complejas, tanto en términos de su extensión como en la variedad de regulaciones y del número de países con estas reglas, lo que hace que el cumplimiento de regulaciones nacionales se vuelva cada vez más difícil para las MNE.

La mejor solución sería restablecer los principios de equidad y eficiencia internacional que sustentan el sistema fiscal internacional, mediante el ajuste y la eliminación de las lagunas fiscales que crean los incentivos para manipular los precios de transferencia. Aunque siempre habrá firmas que busquen romper los límites en términos de agresividad fiscal, cruzando la barrera de los “criterios admitidos”, pasando de la elusión fiscal al abuso, e incluso a la evasión fiscal; la eliminación de estos incentivos llevaría a la mayoría de las MNE a pagar sus impuestos y a seguir las reglas que los gobiernos nacionales les han establecido.

Para terminar con prácticas de precios de transferencia abusivas, el primer paso debe ser reducir los incentivos que los gobiernos han establecido para alentar y permitir a las MNE llevar a cabo actividades de transferencia de ingresos. Discuto aquí tres posibles alternativas. El primero es un sistema fiscal internacional más simple, basado en el sistema clásico de gravar impuestos sobre los ingresos de proveniencia en el extranjero (FSI¹⁷) en el país de residencia, aunado a créditos al impuesto pagado en el extranjero para una tributación en el país origen sobre la base contable devengada. Si los grandes países sede de la OCDE adoptarán un sistema de este tipo, se eliminaría la mayoría de los incentivos para el comportamiento abusivo que invade al actual régimen fiscal internacional. La segunda alternativa, cerrar las lagunas fiscales, está en marcha con el proyecto contra la Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS¹⁸) de la OCDE y el nuevo Instrumento Multilateral. La tercera alternativa, reemplazar el sistema actual con un sistema tributario basado en el país de origen mediante una fórmula de reparto global (GFA¹⁹), sería, en mi opinión, un error desastroso.

Alternativa 1. El regreso a los fundamentos base: equidad y neutralidad fiscal internacional

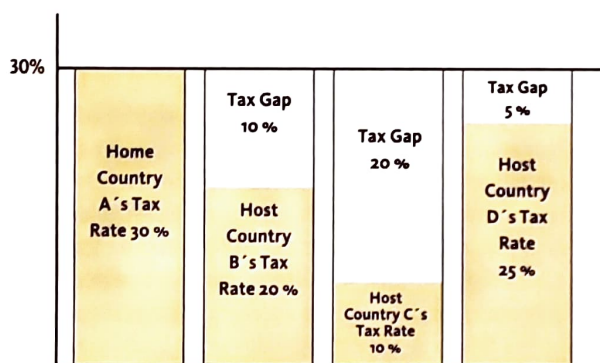
La alternativa uno es la menos probable en realizarse, especialmente dado que la Reforma Fiscal de EUA del 2017²⁰ nos mueve a una situación exactamente contraria. Aún así, es útil explorar esta opción.

Para reducir los incentivos para las MNE de participar en precios de transferencia abusivos, los países de residencia deben gravar los ingresos de proveniencia extranjera (FSI²¹) a nivel global

taxes were creditable up to the level of the home country tax.

Figure 1 illustrates the impact of the umbrella effect and first-crack principle. Assume country A (the home or residence country) has a CIT rate of 30%. Multinationals resident in A have foreign affiliates in countries B, C and D where CIT rates range from 10% to 25%. Assume country A taxes the worldwide income of its MNEs on an accrual basis (no deferral), with a foreign tax credit up to the level of A's CIT rate. In this situation, A's MNEs pay a 30% worldwide CIT rate regardless of where their foreign affiliates are located. As a result, countries B, C and D are free to set their own CIT and withholding tax rates up to the creditable level in country A without fear of a negative impact on inward FDI from country A. In effect, country A provides a "tax umbrella" or ceiling of 30% for its host country partners, under which these governments can shelter their own rates.

Figure 1: How to End Abusive Transfer Pricing—First Crack and the Umbrella Effect



For many years, the United States had one of the world's highest statutory corporate income tax (CIT) rates at 35 percent. The U.S. taxed worldwide income of its MNEs; however, the U.S. also practiced tax deferral whereby FSI was not taxed until it was repatriated. As a result, most U.S. MNEs kept their FSI offshore to avoid the additional U.S. tax that would have been due on repatriation.

Still, the situation pictured in Figure 1 did apply to offshore income earned by controlled foreign corporations (CFCs) if that income qualified as passive income under Subpart F of the U.S. corporate income tax. That income was taxed at the U.S. rate, with a foreign tax credit for the host income tax. The umbrella effect of a high U.S. CIT together with the Subpart F provision discouraged MNEs from shifting passive income to low-tax jurisdictions. This situation remained in place until the "check the box" provision permitted MNEs to avoid Subpart F through creating hybrid structures¹¹.

The 2017 Tax Cuts and Jobs Act (TCJA)¹² lowered the U.S. statutory federal corporate income tax (CIT) rate from 35% to 21%, effective in 2018¹³. The TCJA also eliminated taxation of repatriated dividends; in effect, moving the United States from a worldwide to a territorial

conforme se van adquiriendo, sin otorgar diferimientos por ingresos que se mantienen en el extranjero. Las definiciones comunes de residencia se deben adoptar de tal manera para que las MNE no puedan tomar ventaja de las diferencias entre los países con la intención de convertirse en apátridas y libres de impuestos (por ejemplo, la situación que existía en Irlanda con sus dos definiciones de residencia para MNE).

No estoy sola al sostener este punto de vista. Por ejemplo, *Avi-Yonah* (2016) plantea que gobiernos de países en la OCDE deben regresar a la forma tradicional de gravar utilidades de MNE; tributación en el país central (país donde se encuentra el propietario o matriz) sobre la base contable devengada de los ingresos mundiales de la MNE en conjunto con créditos por ingresos de proveniencia en el extranjero acorde a los impuestos ya pagados por los ingresos provenientes del extranjero. Él recomienda que "cada miembro de la OCDE grave las utilidades totales de las multinacionales que son administradas y controladas por matrices dentro de ellos a su tasa corporativa normal, con un crédito por los ingresos de proveniencia en el extranjero de acuerdo con las imposiciones fiscales por otras jurisdicciones" (Avi-Yonah 2016: 114)²².

Países en desarrollo se beneficiarían de este cambio en política fiscal puesto que les permitiría a sus gobiernos reestablecer ingresos corporativos e impuestos de retención, creando una fuente de ingresos que puede ser empleada para fines sociales u otros propósitos domésticos. Los países en desarrollo no tendrían que preocuparse por las pérdidas potenciales de inversión directa extranjera (FDI)²³ dado que la competencia proveniente de paraísos fiscales y otras jurisdicciones con tasas tributarias menores. En efecto, los países de la OCDE proporcionarían un nivel de impuestos "paraguas" sobre la renta empresarial que permitiría a países en desarrollo "proteger" sus propios impuestos sobre la renta empresarial de la evisceración por una mutuamente destructiva reducción de tasas. El principio de "primera oportunidad" permitiría a países en desarrollo incrementar sus impuestos a la inversión directa extranjera con el conocimiento de que estos impuestos se acreditaron al nivel de su país central.

La Figura 1 ilustra el impacto de este efecto y el principio de "primera oportunidad". Asumamos que país A (el país central o de residencia) tiene una tasa sobre la renta empresarial (CIT) de 30 %. Las multinacionales que residen en el país A tienen afiliadas extranjeras en países B, C y D, donde la tasa sobre la renta empresarial varía entre 10 % a 25 %. Asumiendo que el país A grave los ingresos globales de la MNE sobre una base devengada (no diferida), con un crédito por ingresos provenientes en el extranjero al nivel de la tasa sobre la renta empresarial del país A. En esta situación, las MNE del país A pagarían una tasa sobre la renta empresarial global sin importar de donde se encuentren las afiliadas extranjeras. Como resultado, países B, C y D son libres de establecer sus propias tasas sobre la renta empresariales y tasas de retención hasta el nivel acreditable en el país A sin temor de un impacto negativo en la inversión directa extranjera al país A. En efecto, el país A proporciona un límite fiscal de 30 % para sus socios en los países de origen, bajo los cuales estos gobiernos pueden proteger sus propias tasas.

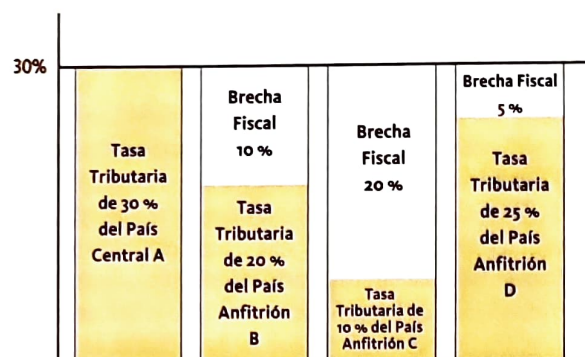
system, exempting FSI (whether repatriated or kept offshore) from U.S. taxation. Thus, not only did the United States reduce its CIT rate, shifting the umbrella downwards; in addition, the United States exempted all FSI from taxation, in effect, removing the umbrella.

We can see this in Figure 1. Assume country A does not tax FSI (i.e., country A follows a territorial system of exempting FSI from taxation). Then the three host countries (B, C, and D) competing for inward FDI from country A, will offer A's multinationals very different tax rates. While CIT rates are typically not the most important factor affecting FDI location, they do matter. Tax competition could precipitate a CIT war, leading to a "race to the bottom."

As Figure 1 suggests, differences in host country CIT and withholding rates should now have more impact on FDI location; they could also encourage abusive transfer pricing between the host countries. Heinemann et al.¹⁴ supports these conclusions. The authors find that the TCJA lowered the effective tax burden on U.S. inward FDI from the European Union as well as on U.S. outward FDI to the European Union, with the benefits of U.S. tax reform being highest for low-tax EU members (e.g., Ireland) and the costs highest for high-tax EU members (e.g., Germany). One likely impact is that high-tax jurisdictions will be forced to follow the U.S. lead, lowering their CIT and withholding taxes in order to retain inward FDI.

As Gravelle and Marples argue, however, lowering the CIT rate and exempting FSI from U.S. taxation were not the only international tax changes introduced in the TCJA. The United States also added a worldwide tax on global intangible low-taxed income (GILTI), a tax incentive program for U.S. intangibles (FDII), and a base erosion and anti-abuse tax (BEAT) to curb profit shifting out of the United States. GILTI effectively imposes a global minimum tax on foreign affiliates (branches and subsidiaries) that have U.S. parents. FDII encourages U.S. exports of intangibles and services by taxing their profits at a lower rate¹⁵. BEAT is an alternative minimum CIT that can disallow U.S. tax deductions for "above normal" payments to foreign related parties. The legislation and (coming) regulations implementing TCJA are highly complex and their long-term impact is unclear. Gravelle and Marples suggest that the combination of GILTI, FDII, and BEAT should work to discourage profit shifting, possibly offsetting the impact of lowering the CIT rate and moving to a territorial system. What is clear, however, is that Alternative 1 – moving to worldwide taxation on an accrual basis – may now be a non-starter in the United States after the 2017 TCJA.

Figura 1: Cómo acabar con precios de transferencia abusivos. La "primera oportunidad" y el efecto "paraguas"



Por muchos años los EUA ha tenido una de las tasas de impuesto sobre la renta empresarial (CIT) más altas del mundo situándose en 35 %. Los EUA gravaba los ingresos mundiales de sus MNE, sin embargo, los EUA también practicaban el diferimiento de impuestos permitiendo que los ingresos provenientes del extranjero no fuesen gravados hasta que estos fuesen repatriados. Como resultado, la mayoría de las MNE en EUA mantenían sus FSI en el extranjero para evitar los impuestos adicionales de los EUA que resultarían por su repatriación.

La situación ilustrada en la Figura 1 aplicaba para ingresos del extranjero obtenidos por Corporaciones Extranjeras Controladas (CFC²⁴) si estos ingresos se podrían considerar como ingresos pasivos de acuerdo con el Subpart F del impuesto sobre la renta empresarial (CIT) de los EUA. El efecto "paraguas" de una alta tasa imponible en EUA, en conjunto con la provisión de la Subpart F disuadía a las MNE de transferir ingresos pasivos de jurisdicciones con bajas tasas imponibles. Esta situación se mantuvo hasta que las provisiones *check the box* permitieron a las MNE eludir el Subpart F a través de estructuras híbridas²⁵.

La Reforma Fiscal de los EUA emitida en diciembre del 2017 (TCJA) redujo la tasa del impuesto sobre la renta empresarial (CIT) de un 35 por ciento a un 21 por ciento, y entraría en vigor a partir del 2018²⁶. El TCJA también eliminaba la imposición fiscal a dividendos repatriados, lo que en efecto modificaba el régimen fiscal de EUA de un sistema global a uno territorial, eximiendo al FSI (ya fuese que este fuese repatriado o permanecía en el extranjero) de la imposición en EUA. Por lo tanto, los EUA no solo redujo su tasa de CIT, desplazando el límite "paraguas" hacia abajo, sino que los EUA exentó todo FSI de su imposición fiscal, por lo que, en efecto, removían ese límite.

Podemos ver esto ilustrado en la Figura 1. Asumamos que país A no grava el FSI (por ejemplo, país A tiene un sistema territorial exentando el FSI de impuestos). Entonces los tres países anfitriones B, C y D, los cuales están compitiendo con el país A por FDI, ofrecerán a las multinacionales del país A tasas sustancialmente diferentes. Si bien las tasas del ISR empresarial (CIT) generalmente no son el factor más importante para determinar la ubicación de la FDI, si son importantes. La competencia fiscal podría precipitar a una guerra de CIT, lo

Alternative 2: Closing the Most Egregious Loopholes (BEPS)

A second alternative is to close up some of the most egregious of the income tax loopholes. The OECD's Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) initiative is built on this approach with 15 action items designed to reduce the incentives for MNEs to engage in income shifting¹⁶.

A particularly useful policy invention is the new Multilateral Instrument (MLI), which is designed to update thousands of bilateral tax treaties to include the BEPS Action Items as they are adopted at the country level¹⁷. Another useful – and practical – innovation is

the new Tax Inspectors Without Borders initiative, which has already significantly increased tax revenues for developing countries¹⁸.

Stronger anti-avoidance rules for activities with no business purpose would also provide a backstop against the most egregious activities. Some examples of proposals that I support are summarized in Box 1 below. I am not alone in making these policy recommendations, and many of them are included in the BEPS Action Items and now being introduced into the MLI. Many practitioners and academics have also supported these proposals. For example, Durst argues for strengthening CFC rules that prevent income shifting by MNEs, such as the U.S. Subpart F rules¹⁹. He provides a nice history of CFC rules around the world, and how they have been eroded through legislation and MNE ingenuity. Durst argues for a “strengthened international net of CFC rules” (which I also support), for “self-protective measures by developing countries such as limitation of deductions and re-instatement of withholding taxes (which I also support), and for a move from the arm’s-length standard to formulary apportionment (which I do not support). Mehta and Siu also provide a variety of suggestions for developing countries that would help ensure they receive a “fair deal on tax justice”²⁰.

Country-by-country reporting (CbCR) is already providing additional information that may be helpful for governments; the greater visibility should also discourage base shifting activities by MNEs. MNEs must provide much better information about their activities, both by country and by line of business, in their public reports. Greater transparency in MNE operations on a worldwide basis would also go a long way to reducing opportunities for income shifting. One concern, however, is that CbCR may be misused to “back door” into a formulary apportionment approach to allocating the MNE’s tax base among countries, as it appears to be doing in the current BEPS 2 proposals for taxing the digital economy²¹.

BOX 1: SOLVING THE TAX DESIGN PROBLEM – ELIMINATE INCOME SHIFTING OPPORTUNITIES

Taxing the MNE’s Worldwide Income

- 1 “First crack” at taxing MNE income belongs to the source country (where the income is earned), which has the right to levy CIT and withholding taxes on that income.
- 2 Home country corporate income taxation of the MNE’s worldwide income with tax credits for foreign CIT and withholding taxes, up to the level of the home country CIT rate.
- 3 Eliminate deferral of corporate income taxes on active business income so that all foreign-source income is taxed as earned, whether or not repatriated and whether or not it is active business income.
- 4 (If #3 is not doable) A stronger international network of CFC rules for taxing passive income in low-taxed jurisdictions (e.g., eliminate the “check the box” option that has eviscerated U.S. Subpart F rules).

que llevaría a una “carrera hacia el fondo” –es decir, una carrera hacia la consecución de las tasas impositivas más bajas posibles–.

La Figura 1 sugiere que las diferencias en el CIT del país anfitrión y sus tasas de retención deberían tener más impacto en la ubicación de la FDI, estos podrían también alentar precios de transferencia abusivos entre los países de origen. Heinemann et al. (2018) concuerda con estas conclusiones. Los autores de dicho estudio muestran que el TCJA redujo la carga fiscal real a la FDI a EUA de la Unión Europea (UE), así como la FDI de los EUA a la UE, con grandes beneficios de la Reforma Fiscal de EUA para miembros de la UE con bajas tasas de imposición (ejemplo, Irlanda) e incremento los costos para miembros de la UE con tasas altas (ejemplo, Alemania). Un impacto probable puede ser que jurisdicciones con altas tasas de imposición serían obligadas a seguir el ejemplo de los EUA, reduciendo su CIT y tasas de retención para retener la FDI.

Como se plantea en *Gravelle y Marples* (2019), reducir las tasas de CIT y exentar al FSI de la fiscalización en EUA no fueron los únicos cambios introducidos por el TCJA. Los EUA también agrego un impuesto a ingresos globales generados por intangibles en jurisdicciones con bajas tasas de imposición (GILTI²⁷), un programa incentivo para intangibles de EUA (FDII²⁸) y un impuesto contra el abuso y erosión de la base imponible (BEAT²⁹) con el objetivo de frenar la transferencia de utilidades fuera de los EUA. El GILTI, en efecto, crea un impuesto mínimo a afiliadas extranjeras (sucursales y subsidiarias) que tengan matrices en EUA. El FDII alienta las exportaciones estadounidenses de intangibles y servicios al gravar sus utilidades a una tasa menor³⁰. El BEAT es un CIT mínimo alternativo que puede invalidar las deducciones fiscales de los EUA por pagos “superiores a los normales” a partes relacionadas en el extranjero. La legislación y (próximas) regulaciones implementado el TCJA son altamente complejas y su impacto a largo plazo es incierto. Gravelle y Marples (2019) sugieren que la combinación de GILTI, FDII y BEAT deberían disuadir la transferencia de utilidades, posiblemente contrarrestando el impacto por la reducción de la tasa del impuesto sobre la renta empresarial (CIT), pasando a un sistema territorial. Lo que sí está claro es que puede que la alternativa 1 –cambiar a un sistema de imposición de ingresos mundiales sobre una base devengada– no sea considerada en los EUA después del TCJA de 2017.

Alternativa 2: cerrar las más atroces lagunas fiscales (BEPS)

La segunda alternativa es cerrar algunas de las más flagrantes lagunas fiscales. La iniciativa BEPS³¹ de la OCDE consiste en 15 acciones diseñadas para desincentivar a las MNE de llevar a cabo la transferencia de utilidades³².

Una invención particularmente útil es el nuevo Instrumento Multilateral (MLI³³), el cual fue diseñado para actualizar miles de tratados fiscales bilaterales para incluir las acciones BEPS como son incorporadas a nivel país (Oguttu 2018). Otra innovación útil (y práctica) es la iniciativa de Inspectores Fiscales sin Fronteras, la cual ya ha incrementado los ingresos de países en desarrollo (OECD/ UNDP 2019).

Reglas más estrictas contra la evasión para actividades sin pro-

Taxing the MNE's Worldwide Income

Host Country Self-Protective Measures

- 1 Raise withholding taxes and deny deductions as "self-protective" measures where needed.
- 2 Minimize tax holidays, locational subsidies and other forms of tax preferences that act as "beauty contests."

Definitions of Residency and Location

- 1 Tax authorities should adopt a common definition of corporate residency based on seat (primary place) of management and control, if the seat of management is different from the MNE's place of incorporation.
- 2 Differences in residency definition should not allow an MNE to escape home country taxation.
- 3 Permanent establishments should be redefined so as to include operations and activities where the firm has sufficient nexus (i.e., a significant economic presence) in the source country.

Transparency

- 1 More detailed information on the MNE's activities through combined and CbCR and reporting by line of business.
- 2 Automatic on-request information exchange among tax authorities.

Alternative 3: Global Formulary Apportionment Is Not the Answer

Most of the critics of the ALS have recommended that it be replaced by global formulary apportionment (GFA) where the worldwide profits of the MNE are allocated among its home and host countries using a formula based on some combination of capital, labor, and sales²².

I am not in favor of GFA for allocating the MNE's global profits for tax purposes among countries on a worldwide basis for a variety of reasons that I spell out in Eden (1998: 561-583). Twenty years later, I still believe these are key impediments to implementing GFA on a global – or even on a regional – basis. One of the key reasons is the simple adage that "an old tax is a good tax." The ALS has been the global norm for multiple decades. Achieving international consensus – or even regional consensus – around another international tax standard seems highly unlikely. A mixed system with both the ALS and GFA in place would impose huge compliance costs on MNEs and significantly raise the risk of double taxation.

Second, GFA is simply too blunt a tool to achieve the ultimate purpose for which the ALS was designed, that is, to clearly reflect the true taxable income of the MNE in each of the countries where the MNE has activities, and to prevent (or at least reduce) the incentives for income shifting among countries. For example, the three-factor formula most likely to be used (sales, labor, and capital (tangible assets)) does not even include the "sine qua non" of the multinational

pósito comercial también podrían proporcionar un respaldo contra las actividades más agresivas de evasión fiscal. Algunos ejemplos de las propuestas que apoyo se resumen a continuación en el Cuadro 1. No estoy sola al hacer estas recomendaciones de política fiscal; muchas están incluidas en las acciones BEPS y se están introduciendo al MLI. Muchos profesionales y académicos también han apoyado estas propuestas. Por ejemplo, Durst (2016) aboga por reglas más estrictas para CFC que prevendrían el traslado de utilidades por las MNE, tal como las reglas *Subpart F* en EUA. Durst (2016) resume la historia de las normas para CFC en el mundo y como es que estas fueron deteriorándose a través de la legislación e ingenuidad de las MNE. Durst argumenta por un "fortalecimiento de la red internacional de reglas CFC"³⁴ (el cual yo también apoyo), por "medidas auto protectoras para países en desarrollo como limitar las deducciones y la restitución de impuestos de retención"³⁵ (el cual yo también apoyo) y cambiar del ALS a una fórmula de reparto global (el cual yo no apoyo). Mehta y Siu (2016: 339) también proponen varias sugerencias para países en desarrollo que podrían ayudar a que reciban un "trato justo respecto a la tributación".

CUADRO 1: SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE DISEÑO TRIBUTARIO – ELIMINAR OPORTUNIDADES PARA EL TRASLADO DE INGRESOS

Fiscalización de ingresos mundiales de las MNE

- 1 "Primer Intento" de fiscalizar los ingresos iniciales en el país de origen (donde se generan los ingresos) el cual tiene el derecho de gravar el CIT e impuestos de retención de esos ingresos
- 2 País central de la MNE grave el CIT de los ingresos globales con créditos fiscales por CIT del extranjero e impuestos de retención, hasta el nivel del CIT del país central
- 3 Eliminar el aplazamiento de los impuestos empresariales sobre los ingresos comerciales para que todos los ingresos provenientes del extranjero (FSI) sean gravados como son obtenidos, ya sea que estos sean repatriados o no y si estos fuesen ingresos por ingresos comerciales o no
- 4 (Si la número 3 no es posible) Una red internacional más robusta de reglas para Corporaciones Extranjeras Controladas (CFC) para gravar ingresos pasivos en jurisdicciones con menores tasas impositivas (ejemplo, eliminar la opción *check the box* que ha eviscerado las reglas *Subpart F* de EUA)

Medidas auto protectoras de países con sucursales o subsidiarias

- 1 Incrementar los impuestos por retención y negar deducciones como medidas "auto protectoras" cuando sean necesarias
- 2 Minimizar vacaciones fiscales, subsidios por ubicación y otras preferencias fiscales que en efecto actúan como "concursos de belleza"

enterprise – its intangible assets, which are the core source of MNE long-run competitive advantage²⁵. The labor factor is also problematic. Measuring labor's contribution to MNE value creation by simple metrics such as head count or salary was probably appropriate in a mass production world, and perhaps in a lean production world, but in today's world of digital business models headcount and salary are poor proxies for measuring and assigning MNE value creation among taxing jurisdictions²⁴.

A third reason is both political and practical. The problematic history of the multi-jurisdictional compact among the U.S. state governments with sharing of U.S. state-level CITs should raise a cautionary red flag to even the most enthusiastic proponent of GFA. Altschuler and Grubert provide us with good examples of how shifting from assets (origin based) to sales (destination based) factors can affect the location of MNE income²⁵. Tangible assets (i.e., property, plant, equipment and inventories) are a "minority of total assets even in nonfinancial businesses²⁶" – and that percentage is expected to fall in the digital economy. It is perhaps not surprising that most of the U.S. states have switched from assets to sales as the most important factor for allocating state CIT receipts. The situation is likely to be much worse when national governments – not subfederal ones – can use GFA to play tax competition games. Moreover, many of the income gaming techniques currently used by MNEs could also be used to shift income among jurisdictions under GFA.

There may be certain areas, such as 24-hour global trading, where the related-party transactions are so interwoven that they cannot be disentangled, much less priced. In these situations, GFA may be the least inappropriate way to determine true taxable income. A partial introduction of formulas, perhaps as safe harbors or as guaranteed taxable income floors for the least developed countries, may also be needed. See, for example, the proposals from Avi-Yonah and Benshalom²⁷.

However, I do not believe GFA is the best way forward for the international tax regime, even in a world dominated by digital MNEs. The OECD/G20 is currently considering fractional apportionment as one of three possible methods for attributing income to countries under the Pillar 1 proposal (reallocation of taxing rights involving profit allocation and nexus rules) for taxing the digital economy²⁸. I believe the problems I have outlined above would also apply if GFA were used for Pillar 1 and am therefore not in favor of this proposal.

Fiscalización de ingresos mundiales de las MNE

Definiciones de residencia y ubicación

- 1 Las autoridades tributarias deben adoptar la definición común de residencia corporativa basada en la ubicación primaria de la administración y control, si la ubicación primaria de la administración es diferente de la ubicación de incorporación de la MNE
- 2 Diferencias en la definición de residencia no deberían permitir a una MNE para escapar la fiscalización de su país de origen inicial
- 3 Establecimientos permanentes deben ser redefinidos para incluir operaciones y actividades donde la empresa tiene suficiente nexus (ejemplo, una presencia económica significativa) en el país de origen

Transparencia

- 1 Información más detallada acerca de las actividades de la MNE a través de una combinación de reportes país por país (CbCR) y reportes por línea de negocio
- 2 Intercambio automático de información entre autoridades tributarias como sea solicitada

Los reportes País por País (CbCR³⁶) ya han logrado proporcionar información adicional que puede ser útil para los gobiernos, ya que una mayor visibilidad de actividades económicas de las MNE puede disuadir traslados de la base imponible. Las MNE deben proporcionar mejor información acerca de sus actividades, tanto por país y por línea de negocio, en sus reportes públicos. Una mayor transparencia en las operaciones de las MNE a nivel mundial contribuiría en gran medida a reducir las oportunidades para el traslado de utilidades. Sin embargo, una preocupación es que el CbCR podría ser empleado para llevar al sistema a un enfoque de una fórmula de reparto global al repartir la base imponible entre los países, tal y como parece suceder en las propuestas actuales BEPS para la fiscalización de la economía digital (Eden, Srinivasa y Lalapet, 2019).

Alternativa 3: una fórmula de reparto global no es la solución

La mayoría de los críticos al ALS han recomendado que este sea reemplazado por un sistema de una fórmula de reparto global (GFA³⁷) donde las utilidades globales de las MNE son asignadas entre su país central y los países de sus sucursales o subsidiarias empleando una fórmula con bases en alguna combinación de capital, fuerza de trabajo y ventas³⁸.

Yo no estoy de acuerdo con el GFA para asignar utilidades globales de las MNE entre los países por las razones expuestas en Eden (1998: 561-583). Veinte años después, aún considero que estos son los impedimentos más importantes para emplear una GFA a nivel global, o inclusive regional. Una de estas razones es el simple adagio de "un impuesto viejo es un impuesto bueno". El ALS ha sido la norma global por varias décadas. Lograr un consenso internacional –o inclusive un consenso regional –alrededor de otro estándar fiscal internacional

Conclusion

The historical approach to taxing intrafirm transactions of multinational enterprises – the arm’s-length standard – has been criticized as unworkable, out of date and on death’s door. Many academics and policy makers now advocate getting rid of the ALS and shifting to GFA as an alternative. Even the OECD, long a supporter of the ALS and an opponent of GFA, now includes fractional apportionment as a possible method for attributing income among countries under its Pillar 1 proposals for taxing the digital economy.

My views are different. My preferred policy response to the income shifting problem is two-fold. First, I believe that many of the criticisms of the arm's-length standard in terms of abusive transfer pricing are misdirected; the criticisms should be more appropriately aimed at weak international tax rules that need to be fixed. The OECD's BEPS project goes a long way to correcting many of the inconsistencies and loopholes in the international tax system. As the BEPS Action Items are adopted at the country level and diffused across countries through the Multilateral Instrument, many of the most egregious incentives for income shifting should disappear.

Second, assuming the loopholes in the international tax regime can be fixed, I believe that the arm's-length standard remains the appropriate international norm for taxing MNEs. New thinking, particularly for the digital business models that are now starting to dominate international production, is probably needed²⁹. It is even possible that new technologies such as blockchain could make it easier for MNEs to comply with the ALS³⁰. Fine-tuning the ALS for the 21st century is the appropriate solution.

My conclusion:

The arm's-length standard is not the problem. Don't shoot the messenger!

parece ser muy improbable. Un sistema mixto con ambos el ALS y el GFA impondría inmensos costos por cumplimiento a las MNE e incrementaría significativamente el riesgo de la doble tributación. Segundo, el GFA es una simple herramienta sin la fuerza necesaria para lograr el propósito final para el cual fue diseñado el ALS, es decir, para reflejar la verdadera base imponible de la MNE en cada uno de los países donde la MNE realiza actividades, y para prevenir (o al menos reducir) los incentivos para el traslado de ingresos entre países. Asimismo, la fórmula que probablemente se emplearía, basada en los tres factores de activos tangibles (ventas, fuerza de trabajo y capital), no incluye el *sine qua non* de la MNE; sus activos intangibles, los cuales son la principal fuente de la ventaja competitiva de una MNE a largo plazo (Eden, Levitas y Martínez 1997).

Una tercera razón es tanto política y práctica. El historial problemático del compacto multi jurisdiccional entre los gobiernos estatales de EUA que comparten el CIT a nivel estatal proporciona un ejemplo que debe alarmar hasta a los más entusiastas defensores del GFA. *Altshuler y Grubert* (2010) da buenos ejemplos de cómo modificando los factores basados en activos (origen) a los de ventas (destino), estos pueden influir en la ubicación de los ingresos de la MNE. Activos tangibles (propiedad, inmuebles, equipo e inventarios) son una “minoría de activos totales, incluso en las empresas no financieras”³⁹ (*Altshuler y Grubert*, 2010: 1179); y se espera que ese porcentaje caiga dentro de la economía digital. Tal vez no sea sorprendente que la mayoría de los estados en EUA han pasado de activos a ventas como el factor más importante al asignar recibos CIT. La situación es probablemente mucho peor cuando se considera que gobiernos nacionales (aquellos que no se sitúan por debajo de los federales) pueden emplear el GFA como una competencia tributaria. Por otra parte, muchas de las técnicas actuales de las MNE podrían también ser utilizadas para trasladar ingresos entre jurisdicciones bajo el sistema GFA.

Puede haber ciertas áreas donde las transacciones entre partes relacionadas están tan entrelazadas que estas no pueden ser desligadas, mucho menos cotizadas a los precios mundiales que cambian las 24 horas. Una introducción parcial de fórmulas, tal vez como *safe harbors* o como límites mínimos garantizados de la base imponible para países menos desarrollados, puede que sea necesaria. Véase, por ejemplo, las propuestas en Avi-Yonah y Benshalom (2011).

Sin embargo, yo no considero que el GFA sea la mejor manera para avanzar en el régimen fiscal internacional, aún en un mundo dominado por MNE digitales. Actualmente, la OCDE/G20 (2019) se encuentra considerando un prorrateo porcentual como uno de los tres posibles métodos para la asignación de ingresos a países bajo la propuesta Pilar 1 (reasignación de derechos fiscales empleando las reglas de asignación de utilidades y reglas nexus) para la fiscalización de la economía digital. Creo que los problemas descritos anteriormente también existirían si el GFA fuese empleado para Pilar 1, y por lo tanto no estoy de acuerdo con esta propuesta.

Conclusión

El enfoque histórico de gravar transacciones entre partes relacionadas de una MNE, el ALS, ha recibido críticas como inviable, que

1 This article is published in its original version for Bloomberg Tax / Tax Management International Journal in October 2019 and in Spanish for IDC Asesor Fiscal Jurídico y Laboral en el número especial de precios de transferencia en el mes de noviembre.

Lorraine Eden, Professor Emerita of Management and Research Professor of Law (courtesy), Texas A&M University, TAMU 4221, College Station, TX 77843-4221. Phone: 979-777-3489, leden@tamu.edu. Forthcoming in Bloomberg BNA Tax Management International Journal, October 2019. All rights reserved

2. For more details, see Eden, L. (1998), *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America* (Toronto: Univ. of Toronto Press), Ch. 2 and App. 2.1. On the diffusion of the ALS from the United States to Canada and Mexico, see Eden, L., Dacin, T., and Wan, W. (2001), *Standards Across Borders: Diffusion of the Arm's Length Standard in North America, Accounting, Organizations and Society* 26, 1-23.

3 EY (2003), Transfer Pricing Global Reference Guide, Ernst & Young Global
(Apr.) at 3; EY (2010), Transfer Pricing Global Reference Guide, Ernst &
Limited, at 2; EY (2010), EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide, Ernst &
Young Global Limited, at 2.

4 Sheppard, L.A. (2012). Is Transfer Pricing Worth Salvaging? Tax Notes (July 30), pp. 467-476.

5 Bird, R., and Breen, D. (1986), The Interjurisdictional Allocation of Income and the Unitary Taxation Debate, *Can. Tax J.* 34(6): 1377-1416; Langbein, S. (1986), The Unitary Method and the Myth of Arm's Length, *Tax Notes* 30 (Feb. 17); Langbein, S. (1992), A Modified Fractional Apportionment Proposal for Tax Transfer Pricing, *Tax Notes* (Feb. 10).

6. See, for example, Christian Aid (2009), *False Profits: Robbing the Poor to Keep the Rich Tax-Free*, A Christian Aid Report (March), and an early assessment of this issue in Eden, L. (2012), *Transfer Price Manipulation and Developing Countries*, in Peter Reuter (ed.), *Draining Development? The Sources, Consequences, and Control of Illicit Funds from Developing Countries* (Washington, D.C.: The World Bank).

- 7 Eden, L. (2016). The Arm's Length Standard: Making It Work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States, in T. Pogge and K. Mehta (eds.) Global Tax Fairness (Oxford Univ. Press: Oxford, U.K.), pp. 153-172
- 8 For other summaries, see Eden (1998, Ch. 2); and Eden (2012)
- 9 Avi-Yonah, R.S. (2016). A Multilateral Approach to Taxing Multinationals, in T. Pogge and K. Mehta, eds., Global Tax Fairness (Oxford Univ. Press: Oxford, U.K.), pp. 113-128
- 10 Avi-Yonah (2016): 114
- 11 If the FSI were classified as passive income under the Subpart F CFC rules, that income was taxed on an accrual basis. The "check the box" regulations, which allowed U.S. MNEs to elect to be treated as hybrids (branches overseas, foreign subsidiaries at home), in effect, eviscerated the Subpart F rules. The TCJA kept the check-the-box rules in place. Gravelle, J.G. and Marples, D.J. (2019), Issues in International Corporate Taxation: The 2017 Revision (P.L. 115-97), CRS Report Prepared for Members and Committees of Congress. R45186 (Washington, D.C.: Cong. Research Serv.) (updated Aug. 23, 2019)
- 12 Pub. L. No. 115-97 (Dec. 22, 2017)
- 13 For summaries and analysis of the TCJA's international tax provisions see Forst, D., Fuller, J., Kim, A., Neumann, L., and Skinner, W. (2018), U.S. International Tax Issues and Developments, San Jose State Univ. Tax Exec. Inst. (Nov. 5); Gravelle, J.G. and Marples, D.J. (2019), Issues in International Corporate Taxation: The 2017 Revision (P.L. 115-97), CRS Report Prepared for Members and Committees of Congress, R45186 (Washington, D.C.: Cong. Research Serv.) (updated Aug. 23, 2019); and Tax Policy Center (2019), Briefing Book: Key Elements of the U.S. Tax System (Washington, D.C.: Urban Inst. and Brookings Inst.)
- 14 Heinemann, F., Olbert, M., Pfeiffer, O., Schwab, T., Spengel, C., and Stutzenberger, K. (2018), Implications of the US Tax Reform for Transatlantic FDI, Intereconomics 2018, XBW-Leibniz Info. Ctr. for Econ., p. 87-93
- 15 There is a high likelihood that the World Trade Organization will classify DII as an illegal export subsidy
- 16 See, e.g., EY (2019b), The Latest on BEPS – 2019 Midyear Review, Ernst & Young Global Limited; OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting (OECD: Paris); OECD (2015), Executive Summaries: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (Paris: OECD); and Remeur, C. (2016), Briefing: Understanding the OECD Tax Plan to Address 'Base Erosion and Profit Shifting' – BEPS, European Parliamentary Research Service (EPRS), Members' Research Service (April)
- 17 Oguttu, A.W. (2018), Should Developing Countries Sign the OECD Multilateral Instrument to Address Treaty-Related Base Erosion and Profit Shifting Measures? CGD Policy Paper (Washington, D.C.: Ctr. for Global Dev.)
- 18 OECD/UNDP (2019), Tax Inspectors Without Borders Annual Report 2018/19 (Paris: OECD)
- 19 Durst, M.C. (2016), Self-Help and Altruism: Protecting Developing Countries' Tax Revenues, in T. Pogge and K. Mehta, eds., Global Tax Fairness (Oxford Univ. Press: Oxford, U.K.), pp. 316-338
- 20 Mehta, K. and Siu, E.D. (2016), Ten Ways Developing Countries Can Take Control of Their Own Tax Destinies, in T. Pogge and K. Mehta, eds., Global Tax Fairness (Oxford Univ. Press: Oxford, U.K.), pp. 339-355
- 21 Eden, L., Srinivasan, N., and Lalapet, S. (2019), Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy, Part I: Hic Sunt Dracones? 48 Tax Mgmt. Int'l J. 251 (June 14)
- 22 See, e.g., Avi-Yonah, R.S., Clausing, K.A., and Durst, M.C. (2008), Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, The Berkeley Electronic Press (John M. Olin Ctr. for Law and Econ. Working Paper Series, Paper 95); and Picciotto, S. (2016), Towards Unitary Taxation: Combined Reporting and Formulary Apportionment, in T. Pogge and K. Mehta, eds., Global Tax Fairness (Oxford Univ. Press: Oxford, U.K.), pp. 221-237. For a recent assessment of GFA in the context of taxing the digital economy, see Kaeser, C., Owens, J., and Sim, S. (2019), Going the Way of the Polaroid: Digital Taxation and the End of the Arm's-Length Principle? Tax Notes Int'l (July 15), pp. 211-219
- 23 Eden, L., Levitas, E., and Martinez, R. (1997), The Production, Transfer and Spillover of Technology: Comparing Large and Small Multinationals as Technology Producers, Small Bus. Econ. 9(1): 53-66
- 24 I thank Paul Glunt for reminding me of this point
- 25 Altshuler, R., and Grubert, H. (2010), Formulary Apportionment: Is It Better Than the Current System and Are There Better Alternatives? Nat'l Tax J. 63 (4, Part 2): 1145-1184

caducó o que se encuentra a punto de morir. Muchos académicos y creadores de políticas públicas ahora abogan deshacerse del ALS y cambiar a un GFA como una alternativa. Inclusive la OCDE, por mucho tiempo partidaria del ALS y oponente del GFA, ahora incluye prorrateo porcentual como un posible método para asignar ingresos entre países bajo sus propuestas Pilar 1 para la fiscalización de la economía digital.

Mi perspectiva es diferente. Mi solución preferida al problema de traslado de ingresos es en dos partes. Primero, considero que la mayoría de las críticas al ALS en relación con precios de transferencia abusivos están mal dirigidas, las críticas deben estar dirigidas al sistema de tributación internacional débil que debe ser reparado. El proyecto BEPS de la OCDE es de gran ayuda para corregir muchas de las inconsistencias y lagunas del actual sistema de tributación internacional. Como las Acciones BEPS sean incorporadas a nivel país y difundidas entre países por el Instrumento Bilateral, muchos de los incentivos más notorios para el traslado de ingresos deben desaparecer.

Segundo, asumiendo que las lagunas del actual régimen de tributación internacional se pueden remediar, yo considero que el ALS sigue siendo la norma internacional apropiada para gravar a las MNE. Nuevas ideas, particularmente dirigidas a nuevos modelos de negocios digitales que ahora empiezan a dominar la producción internacional, son probablemente necesarias (Srinivasan, Lalapet y Eden 2019). Incluso es posible que nuevas tecnologías como el *blockchain* puedan hacer el cumplimiento del ALS más fácil para las MNE (Sim, et al. 2019). El adecuamiento del ALS para el siglo XX es la solución adecuada.

Mi conclusión:

El estándar *arm's length* no es el problema. ¡No desaparecen al mensajero!

- 1 Este artículo también se publica en inglés para Bloomberg Tax/Tax Management International Journal en el mes de Octubre de 2019 y en español para el número especial de precios de transferencia de IDC Asesor Fiscal, Jurídico y Laboral en el mes de noviembre de 2019
- 2 Por sus siglas en inglés: "arm's length standard"
- 3 Por sus siglas en inglés: "Corporate Income Tax"
- 4 En inglés: "The purpose of section 45 to place a controlled taxpayer on a tax parity with an uncontrolled taxpayer, by determining, according to the standard of an uncontrolled taxpayer, the true net income from the property and business of a controlled taxpayer"
- 5 Por sus siglas en inglés: Multinational Entity
- 6 Véase Capítulo 2 y el Appendix 2.1 en Eden (1998) para más detalles. Acerca de la difusión del ALS de EE.UU. a Canadá y México vease Eden, Dacin y Wan (2001).
- 7 En inglés: Income Tax Act
- 8 En inglés: Information Circular

- 26 Altshuler and Grubert (2010): 1179
- 27 Avi-Yonah, R.S., and Benshalom, I. (2011), Formulary Apportionment: Myths and Prospects – Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative, *World Tax J.*, 3(3): 371-398
- 28 OECD/G20 (2019), Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy (Paris: OECD)
- 29 Srinivasan, N., Lalapet, S., and Eden, L. (2019), Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy, Part 2: A Case Study of the Internet of Things, *Tax Mgmt. Int'l J.* 46 (June 14)
- 30 Sim, S., Owen, J., Petrucci, R., Taveres, R.J.S., and Migai, C. (2017), Blockchain, Transfer Pricing, Customs Valuation, and Indirect Taxes: Transforming the Global Tax Environment, *BNA Insights*, 26 Transfer Pricing Rpt. 209 (June 15) (Washington, D.C.: Bureau of Nat'l Affairs)
- 9 En inglés: OECD Model Tax Convention
- 10 En inglés: UN Model Tax Convention
- 11 En inglés: "The transfer pricing guidelines are a sorry vestige of a system that will be gone in 10 years"
- 12 En inglés: Tax Justice Network and Christian Aid
- 13 Véase, por ejemplo, Christian Aid (2001) y una valoración previa de esta edición en Eden (2012)
- 14 En inglés: Base Erosion and Profit Shifting
- 15 Para otros resúmenes, véase Eden (1998, capítulo 2) y Eden (2012).
- 16 En inglés: Multinational Entity
- 17 Por sus siglas en inglés: Foreign Source Income
- 18 Por sus siglas en inglés: BEPS
- 19 Por sus siglas en inglés: Global Formulary Apportionment
- 20 En inglés: 2017 Tax Cuts and Jobs Act
- 21 Por sus siglas en inglés: Foreign Source Income
- 22 "Each OECD member country impose tax at its normal corporate rate on the entire profit of multinationals that are managed and controlled from headquarters within it, with a foreign tax credit for taxes imposed by other jurisdictions"
- 23 Por sus siglas en inglés: Foreign Direct Investment
- 24 Por sus siglas en inglés: Controlled Foreign Corporations
- 25 Si el FSI fuese clasificado como ingresos pasivos bajo las reglas Subpart F aplicables a corporaciones extranjeras controladas (CFC), esos ingresos serían gravados sobre una base devengada. Las regulaciones "check the box", las cuales permitieron a MNE de Estados Unidos a elegir ser tratadas como híbridas (sucursales extranjeras, subsidiarias extranjeras en casa), en efecto, desgarraban a las reglas Subpart F. La Reforma Fiscal de Estados Unidos del 2017 (TCJA) retuvo las reglas "check the box" como parte la legislación (Gravelle and Marples 2019)
- 26 Para los resúmenes y los análisis de las provisiones del TCJA referirse a Forst et al. (2018), Gravelle y Marples (2019) y Tax Policy Center (2019)
- 27 Por sus siglas en inglés: Global Intangible Low-Taxed Income
- 28 Por sus siglas en inglés: Foreign-Derived Intangible Income
- 29 Por sus siglas en inglés: Base Erosion and Anti-Abuse Tax
- 30 Existe una gran posibilidad de que la Organización Mundial de Comercio clasifique al FDII como un subsidio ilegal a las exportaciones
- 31 Por sus siglas en inglés: Base Erosion and Profit Shifting
- 32 Véase, por ejemplo, EY (2019b), OECD (2013, 2015) y Remeur (2016)
- 33 Por sus siglas en inglés: Multilateral Instrument
- 34 En inglés: "strengthened international net of CFC rules"
- 35 En inglés: "self-protective measures by developing countries such as limitation of deductions and re-instatement of withholding taxes"
- 36 Por sus siglas en inglés: Country-by-Country Reporting
- 37 Por sus siglas en inglés: Global Formulary Apportionment
- 38 Referirse, por ejemplo, Avi Yonah, Clausing y Durst (2008) y Picciotto (2012, 2016) Para un análisis del GFA en el contexto de la fiscalización de la economía digital referirse a Kaeser, Owens y Sim (2019)
- 39 En inglés: "minority of total assets even in nonfinancial businesses"

Bibliografía

- Altshuler, R., and Grubert, H. 2010. Formulary Apportionment: Is It Better than the Current System And Are There Better Alternatives? *National Tax Journal*, 63 (4, Part 2): 1145-1184.
- Avi-Yonah, R.S. 2016. A Multilateral Approach to Taxing Multinationals. In T. Pogge and K. Mehta, editors. *Global Tax Fairness*. Oxford University Press: Oxford, UK, pp. 113-128.
- Avi-Yonah, R.S., and Benshalom, I. 2011. Formulary Apportionment: Myths and Prospects - Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative. *World Tax Journal*, 3(3): 371-98.
- Avi-Yonah, R.S., Clausing, K.A., & Durst, M.C. 2008. Allocating business profits for tax purposes: A proposal to adopt a formulary profit split. The Berkeley Electronic Press, John M. Olin Center for Law and Economics Working Paper Series, Paper 95.
- Bird, R., & Breen, D. 1986. The Interjurisdictional Allocation of Income and the Unitary Taxation Debate. *Canadian Tax Journal* 34(6): 1377-1416.
- Christian Aid. 2009. False Profits: Robbing the Poor to Keep the Rich Tax-free. A Christian Aid Report. March.

- Gravelle, J.G. and Marples, D.J. 2019. Issues in International Corporate Taxation: The 2017 Revision (P.L. 115-97). CRS Report Prepared for Members and Committees of Congress. R45186. Washington, DC: Congressional Research Service. Updated August 23, 2019.
- Dorey, M. 2019. International – A Road Map for Reaching Global Consensus on How to Tax the Digital Economy. *International Transfer Pricing Journal*, 26.5.
- Durst, M.C. 2016. Self-Help and Altruism: Protecting Developing Countries' Tax Revenues. In T. Pogge and K. Mehta, editors. *Global Tax Fairness*. Oxford University Press: Oxford, UK, pp. 316-338.
- Eden, L. 1998. *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*. Toronto: University of Toronto Press.
- Eden, L. 2012. Transfer price manipulation and developing countries. In Peter Reuter (editor). *Draining Development? The Sources, Consequences and Control of Illicit Funds from Developing Countries*. Washington, DC: The World Bank.
- Eden, L. 2016. The Arm's Length Standard: Making It Work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States. In T. Pogge and K. Mehta, editors. *Global Tax Fairness*. Oxford University Press: Oxford, UK, pp. 153-172.
- Eden, L., Dacin, T., & Wan, W. 2001. Standards across borders: Diffusion of the arm's length standard in North America. *Accounting, Organizations and Society* 26, 1-23.
- Eden, L., Levitas, E., and Martinez, R. 1997. The Production, Transfer and Spillover of Technology: Comparing Large and Small Multinationals as Technology Producers. *Small Business Economics* 9(1):53-66.
- Eden, L., Srinivasan, N., & Lalapet, S. 2019. Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy, Part 1: Hic Sunt Dracones? *Tax Management International Journal*, 48 (June 14).
- EY. 2003. *Transfer Pricing Global Reference Guide*, April 2003. Ernst & Young Global Limited.
- EY. 2010. *Transfer Pricing Global Reference Guide*. Ernst & Young Global Limited.
- EY. 2019a. *EY Worldwide Transfer Pricing Reference Guide*. Ernst & Young Global Limited.
- EY. 2019b. *The Latest on BEPS- 2019 Midyear Review*. Ernst & Young Global Limited.
- Forst, D., Fuller, J., Kim, A., Neumann, L., and Skinner, W. 2018. *U.S. International Tax Issues and Developments*. San Jose State University Tax Executives Institution. November 5.
- Heinemann, F., Olbert, M., Pfeiffer, O., Schwab, T., Spengel, C., and Stutzenberger, K. 2018. Implications of the US Tax Reform for Transatlantic FDI. *Intereconomics* 2018. XBW- Leibniz Information Center for Economics, p. 87-93.
- Kaeser, C., Owens, J., and Sim, S. 2019. Going the Way of the Polaroid: Digital Taxation and the End of the Arm's-Length Principle? *Tax Notes International*, July 15: 211-219.
- Langbein, S. 1986. The Unitary Method and the Myth of Arm's Length. *Tax Notes* 30 (February 17).
- Langbein, S. 1992. A Modified Fractional Apportionment Proposal for Tax Transfer Pricing. *Tax Notes* (February 10).
- Mehta, K. & Siu, E.D. 2016. Ten Ways Developing Countries Can Take Control of their Own Tax Destinies. In T. Pogge and K. Mehta, editors. *Global Tax Fairness*. Oxford University Press: Oxford, UK, pp. 339-355.
- OECD. 2013. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. OECD: Paris.
- OECD. 2015. *Executive Summaries: 2015 Final Reports*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD.
- OECD/G20. 2019. *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Paris: OECD.
- Oguttu, A.W. 2018. Should Developing Countries Sign the OECD Multilateral Instrument to Address Treaty-Related Base Erosion and Profit Shifting Measures? CGD Policy Paper. Washington, DC: Center for Global Development.
- Picciotto, S. 2016. Towards Unitary Taxation: Combined Reporting and Formulary Apportionment. In T. Pogge and K. Mehta, editors. *Global Tax Fairness*. Oxford University Press: Oxford, UK, pp. 221-237.
- Remeur, C. 2016. Briefing: Understanding the OECD Tax Plan to Address 'Base Erosion and Profit Shifting' – BEPS. European Parliamentary Research Service (EPRS). Members' Research Service. April.
- Sheppard, L. A. 2012. Is transfer pricing worth salvaging? *Tax Notes*, July 30, 467-476.
- Sim, S., Owen, J., Petrucci, R., Taveres, R.J.S., and Migai, C. 2017. *Blockchain, Transfer Pricing, Customs Valuation, and Indirect Taxes: Transforming the Global Tax Environment*. BNA Insights Transfer Pricing Report. Washington, DC. Bureau of National Affairs.
- Srinivasan, N., Lalapet, S., & Eden, L. 2019. Transfer Pricing Challenges in the Digital Economy, Part 2: A Case Study of the Internet of Things. *Tax Management International Journal*, 46 (June 14).
- OECD/UNDP. 2019. *Tax Inspectors Without Borders Annual Report 2018/19*. Paris: OECD.
- Tax Policy Center. 2019. *Briefing Book: Key Elements of the U.S. Tax System*. Washington, DC: Urban Institute and Brookings Institution.