

Perspectiva de la OCDE en precios de transferencia¹

Puntos de vista sobre el régimen de
precios de transferencia en la actualidad.

Tomas
Balco

Titular de la unidad de precios de transferencia,
en la división de Tratados Tributarios, Precios de
Transferencia y Transacciones Financieras en el Centro
de Políticas y Administración Tributario de la OCDE²

1. What is the status of the transfer pricing regime after BEPS actions 8-10. 13. Where are we heading?

The 2015 Final Reports on BEPS Actions 8-10 and 13 have provided a number of recommendations to address the issues identified in the BEPS Action Plan. These recommendations have been incorporated into the OECD Transfer Pricing Guidelines 2017 and where necessary, the Inclusive Framework³ member countries have also implemented them in their domestic legal framework by legislative changes and are applying them in their work.

In the period since 2015 Final Report, additional work was carried out on 4 remaining BEPS projects in transfer pricing and I am pleased to report that during the 2018 and 2019 period, these projects have seen completion. In March 2018, we finalized and published the Additional Guidance on the Attribution of Profits to a Permanent Establishment under BEPS Action 7⁴ and in June 2018, we finalized and published the Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method⁵ and Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles⁶. In the last two years, we also kept busy and focused on the finalization of the Financial Transactions Project and we have published the long-awaited public discussion draft in July 2018⁷.

1. ¿Qué sigue para el régimen de precios de transferencia después de las acciones 8-13 del plan BEPS?

El Reporte Final de las Acciones 8-10 y 13 del plan BEPS han proporcionado varias recomendaciones para abordar los problemas identificados en el plan de acción BEPS. Estas recomendaciones han sido incorporadas a las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE 2017 y cuando ha sido necesario, el marco inclusivo³ de países miembros también las ha implementado en sus disposiciones domésticas por medio de cambios legislativos y las están aplicando en su trabajo.

En el periodo desde el Reporte Final 2015, se efectuó trabajo adicional en los cuatro proyectos de precios de transferencia restantes en el plan BEPS y me complace reportar que durante el periodo 2018 y 2019 estos proyectos se han finalizado. En marzo 2018, concluimos y publicamos la Guía Adicional para la Atribución de Utilidades a un Establecimiento Permanente bajo la Acción 7 del plan BEPS⁴, y en junio 2018 finalizamos y publicamos la Guía Revisada para la Aplicación del Método Transaccional de Partición de Utilidades⁵ y la Guía para Administraciones Tributarias en la Aplicación del Enfoque para Intangibles Difíciles de Valorar⁶. En los últimos dos años, hemos estado ocupados y enfocados en la finalización del Proyecto de Transacciones Financieras, y hemos publicado el tan anticipado borrador de la discusión pública en julio 2018⁷.

1 Interview by Jesús Aldrin Rojas, Managing Partner, QCG Transfer Pricing Practice
2 Tomas Balco led the transfer pricing unit at the OECD from September 2017 to August 2019. Starting September, Tomas has taken the position of senior adviser, at the OECD - BEPS Capacity Building Team, Global Relations Division, CTPA
3 The "inclusive framework" is led by the OECD and it is integrated by the country members, and any other interested country. Today, more than 116 countries work in the BEPS project: <http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-progress-report-july-2018-may-2019.pdf>
4 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/attributionofprofitstopermanentestablishments.htm>
5 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/comparabilityandprofitmethods.htm>
6 <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transferpricingaspectssoftintangibles.htm>
7 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/BEPS-actions-8-10-transfer-pricing-financial-transactions-discussion-draft-2018.pdf>

1 Entrevista por Jesús Aldrin Rojas, Managing Partner, QCG Transfer Pricing Practice
2 Tomas Balco encabezó la unidad de precios de transferencia de la OCDE en el periodo septiembre 2017 a agosto 2019. A partir de septiembre de este año, Tomas ha tomado el puesto de asesor senior, en el equipo para la construcción de capacidades BEPS, en la División de Relaciones Globales en el Centro de Políticas y Administración Tributaria de la OCDE
3 El "marco inclusivo" es el conjunto de países del G-20 y economías emergentes, (más de 115 a la fecha) que trabajan en la instrumentación del plan BEPS a nivel global. <https://www.oecd.org/tax/forleto-marco-inclusivo-de-beps.pdf>
4 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/attributionofprofitstopermanentestablishments.htm>
5 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/comparabilityandprofitmethods.htm>
6 <https://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transferpricingaspectssoftintangibles.htm>
7 <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/BEPS-actions-8-10-transfer-pricing-financial-transactions-discussion-draft-2018.pdf>

2. What is the status of the transfer pricing guidelines for financial transactions?

Following the public consultation last year, which triggered more than 1,000 pages of comments we have analyzed these comments and continued to work on the draft Guidance in the autumn 2018 and spring 2019. I am pleased to report that the technical work has been completed at the level of WP6⁸ and the new Guidance awaits approval of Inclusive Framework, which is however linked to additional work undertaken on update on Commentary to Article 9 (associated enterprises) of OECD MTC. During this project it was identified that additional work was needed to clarify the interaction of Article 9 with other special measures addressing the BEPS risks involved in the intra-group financial transactions, including those contained in Action 4 (limiting base erosion involving interest). Once these clarifications are issued as a part of updated Commentary to Article 9 of OECD MTC, the final version of Financial Transactions Guidance can be submitted for approval to Inclusive Framework. Once approved, it can be also published and incorporated into Transfer Pricing Guidelines, along with the other new transfer pricing guidance published last year.

3. The current transfer pricing rules are enough to regulate the digital economy?

A growing number of jurisdictions are not content with the tax outcomes produced by the current international tax system and have or are seeking to impose various measures or interpretations of the current rules that risk significantly increasing compliance burdens, double taxation and uncertainty. One of the focal points of dissatisfaction relates to how the existing profit allocation and nexus rules take into account the increasing ability of businesses, in certain situations, to participate in the economic life of a jurisdiction without an associated or meaningful physical presence. This dissatisfaction has created a political imperative to act in a significant number of jurisdictions. This economic and political context is at the foundation of the Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy. The Programme of Work is grouped into two pillars which could form the basis for consensus. Pillar One –in connection with transfer pricing –focuses on the allocation of taxing rights and seeks to undertake a coherent and concurrent review of the profit allocation and nexus rules.

2. ¿Cuál es el estado de las Guías de Precios de Transferencia para transacciones financieras?

Posterior a la consulta pública del año pasado, la cual desencadenó más de 1,000 páginas de comentarios, hemos analizado dichos comentarios y trabajamos en el borrador de la Guía durante el otoño de 2018 y primavera de 2019. Me complace reportar que el trabajo en relación con los aspectos técnicos a nivel WP6⁸ se ha completado, y la nueva Guía espera aprobación del marco inclusivo, el cual, sin embargo, está ligado al trabajo adicional relativo a la actualización del artículo 9 (empresas asociadas) del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE. Durante este proyecto se identificó que se requiere de trabajo adicional para aclarar la interacción del artículo 9 con otras medidas especiales abordando los riesgos BEPS involucrados en transacciones financieras intragrupo, incluyendo aquellas dentro de la Acción 4 (límites a la deducción de intereses). Una vez que se emitan estas aclaraciones como parte del Comentario actualizado del artículo 9 del Modelo Convenio de la OCDE, la versión final de la Guía para Transacciones Financieras podrá ser emitida para su aprobación al marco inclusivo. Una vez aprobada también puede ser publicada e incorporada a las Guías de Precios de Transferencia, en conjunto con las guías adicionales de precios de transferencia publicadas el año pasado.

3. ¿Son las normas de precios de transferencia suficiente para regular la economía digital?

Un creciente número de jurisdicciones no están satisfechas con los resultados producidos por el sistema actual de tributación internacional, y han o están buscando imponer varias medidas o interpretaciones de las normas actuales que implican riesgos que pueden incrementar el costo de cumplimiento de las disposiciones fiscales, generar escenarios de doble tributación e incertidumbre para los contribuyentes.

Uno de los aspectos centrales de esta insatisfacción se relaciona a la forma de como las reglas actuales de asignación de utilidades y las reglas nexus consideran la creciente habilidad de negocios, en ciertas circunstancias, para participar en la vida económica de una jurisdicción sin contar con una presencia física significativa. Esta insatisfacción ha creado una exigencia política para tomar acción en varias jurisdicciones. Este contexto político y económico es la base del Programa de Trabajo para Desarrollar una Solución Consenso a los Desafíos Fiscales como Resultado de la Digitalización de la Economía. El Programa de Trabajo esta agrupado en dos pilares los cuales podrían ser la base para lograr un consenso. El Pilar Uno –en conexión al régimen de precios de transferencia– se enfoca en la asignación de derechos fiscales y busca llevar a cabo una revisión coherente y concurrente de las reglas de asignación de utilidades y reglas *nexus*.

⁸ DEMPE stands for development, enhancement, maintenance, protection and exploitation, on regards of the activities performed to create and keep intangible property.

⁸ WP6 se refiere al grupo de trabajo número 6 de la OCDE, relativo a la imposición de compañías multinacionales.

4. From time to time, there are certain critics to the current transfer pricing regime and the arm's length principle. Do you think we are in the proper route?

The current transfer pricing rules are based on approach that seeks to allocate the income to the different members of the MNE Group based on the specific contribution that each member of MNE Group has made as a stand-alone entity rather than a member of the MNE Group and the focus of this analysis is on the functions performed, assets used and risks born by the different members of the MNE Group.

Some of the critique arises from the fact that such analysis may not take the relevance of MNE Group into account and the group synergies or location specific features may be ignored in the transfer pricing analysis. But as you are aware, the OECD Transfer Pricing Guidelines are evolving over time and we have found solutions and guidance to some of these challenges.

There are also countries and experts who raise concerns with effectiveness of the existing rules in assuring the appropriate outcomes in allocation of income and to what extent the transfer pricing outcomes could be manipulated by allocating capital or certain people functions including risk control functions to specific locations. These concerns are not only theoretical and they already being reflected by the various unilateral measures – such as Diverted Profit Tax measures, BEAT and other similar measures, which create more pressure on the current system.

It is fair to admit that as the operations and structures of the MNE Group have become increasingly integrated and complex in the last decades, so did the transfer pricing analysis. The challenges then also arise both – on the side of tax compliance as well as on the side of tax administration. The intensity of facts and circumstances analysis and the degree of economic analysis necessary to comply with and to administer the transfer pricing rules is potentially significant and so is the risk that some facts are missed or interpreted differently and also that different economists may have different views on the economic analysis underlying the relevant transfer pricing outcomes. The significant increase of unresolved bilateral double taxation disputes involving allocation of income in the last decades is an indicator that the transfer pricing rules are challenging to apply and they may lead to a significant degree of tax uncertainty.

It needs to be noted that some of these challenges can be addressed by carefully designed safe-harbor measures ideally adopted on bilateral or multilateral basis and Mexico has been clearly one of the front-runners in designing safe-harbor measures for the manu-

4. De vez en cuando hay críticos al actual régimen de precios de transferencia y el principio *arm's length*. ¿Usted cree que vamos por la ruta adecuada?

Las reglas de precios de transferencia actuales se basan en el enfoque que busca asignar ingresos a diferentes miembros de un grupo multinacional en función a la contribución específica de cada entidad por sí sola que participe en dicho grupo, en lugar de como miembro del grupo multinacional. El enfoque de este análisis es en las funciones realizadas, activos empleados y riesgos asumidos por cada miembro del grupo multinacional.

Ciertas críticas surgen del hecho que dicho análisis no toma en cuenta la relevancia del grupo multinacional y las sinergias del grupo, o características geográficas pueden ser ignoradas en el análisis de precios de transferencia. Pero como usted sabe, las Guías de Precios de Transferencia de la OCDE están evolucionando con el tiempo, y hemos encontrado soluciones y dado orientación a algunos de estos desafíos.

Hay también países y expertos quienes cuestionan la efectividad de las normas actuales asegurando que los resultados apropiados por la asignación de ingresos y hasta qué punto los resultados de precios de transferencia pueden ser manipulados al asignar capital o ciertas funciones de capital humano, incluyendo funciones de control de riesgo, a ubicaciones específicas. Estas inquietudes no solo son teóricas y ya se ven reflejadas en varias medidas unilaterales –como medidas contra la Desviación de Utilidades Imponibles, BEAT⁹ y otras similares, las cuales crean más presión al sistema actual–.

Es justo admitir que, aunque en las últimas décadas las operaciones y estructuras de un grupo multinacional se han vuelto cada vez más integradas y complejas, también los análisis de precios de transferencia. Los desafíos entonces surgen para ambos –en el lado de cumplimiento fiscal por el contribuyente, así como por parte de las administraciones tributarias–. La intensidad del análisis de hechos y circunstancias, así como el detalle necesario del análisis económico para el cumplimiento con y para administrar las reglas de precios de transferencia es potencialmente significativo, además del riesgo que ciertos hechos se pierdan o se interpreten de manera diferente, adicionalmente puede ser que economistas tengan puntos de vista diferentes del análisis económico que determina los respectivos resultados de precios de transferencia. El incremento significativo de disputas bilaterales sin resolución por doble tributación que involucran la asignación de ingresos en la última década es un indicador de que las reglas de precios de transferencia son difíciles de aplicar y pueden llevar a un alto nivel de incertidumbre fiscal.

9 Impuesto Anti Abuso y vs la Erosión de la Base Gravable de los EUA

facturing sector. As you may be aware, in the 2017 edition of TPGs, we have changed the tone on how we reflect on safe-harbors. Where the safe-harbors are carefully designed to reflect the economic reality and also applied in bilateral or multilateral context, they could indeed provide solutions to the more simple and routine operations. Challenges may still remain, where the facts are not so straightforward and the MNE Group members perform more than routine activities, e.g. the DEMPE functions are performed and risks are jointly assumed among different members of MNE Group. This is where the other approaches – such as multilateral APAs may be necessary to address the more complex cases and situations.

The current work on addressing the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy is an opportunity to reflect on the existing rules and how well they perform not only theoretically, but also practically, which involves considering the perspective of tax compliance, tax administration as well as tax certainty. Any solutions emerging from this work will need to take those practical perspectives into account. 

Se debe mencionar que algunos de estos desafíos pueden ser abordados por medidas *safe-harbor* cuidadosamente diseñadas, las cuales idealmente serían incorporadas de manera bilateral o multilateral. México claramente ha sido uno de los principales diseñadores de medidas *safe-harbor* para el sector manufacturero. Como usted sabe, en la edición 2017 de las Guías de Precios de Transferencia, hemos hecho cambios en como reflejamos la realidad económica, y también lo hemos aplicado en el contexto bilateral o multilateral, las cuales podrían proporcionar soluciones para operaciones más simples y rutinarias. Puede que los desafíos persistan donde los hechos no sean tan directos y los miembros del grupo multinacional lleven a cabo actividades más allá de las rutinarias, por ejemplo, cuando las funciones DEMPE¹⁰ son realizadas y los riesgos asumidos en conjunto entre los diferentes miembros del grupo multinacional. Es aquí donde otros enfoques –como APAs multilaterales– pueden ser necesarios para abordar las situaciones y casos más complejos.

El trabajo actual para enfrentar los Desafíos Fiscales como Resultado de la Digitalización de la Economía es una oportunidad para reflexionar sobre las reglas existentes y su funcionamiento, no solo de manera teórica, también de manera práctica, las cuales deben considerar la perspectiva de cumplimiento, administración e incertidumbre fiscal. Cualquier solución que surja de este trabajo necesitará tomar en cuenta esas perspectivas prácticas. 

¹⁰ DEMPE se refiere a las siglas en inglés de “development, enhancement, maintenance, protection and exploitation” -desarrollo, mejora, mantenimiento, protección y explotación, con respecto a las actividades desarrolladas para la creación y conservación de propiedad intangible.