

Tendencias jurisprudenciales en materia de precios de transferencia en Panamá

Mgter. Nelson R. Gutiérrez A.
Asistente de Magistrado del Tribunal Administrativo Tributario.
Supervisor Senior en el área Legal e Impuestos de la firma KPMG Panamá.
Correo electrónico: nelgut0702@gmail.com

Tendencias jurisprudenciales en materia de precios de transferencia en Panamá

Recibido: Octubre 2021

Aprobado: Febrero 2022

Resumen

La normativa de precios de transferencia, introducida en nuestro país en el año 2010, es altamente compleja y contiene muchas áreas grises. Al respecto, las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la jurisprudencia consultada reconocen que no se trata de una ciencia exacta, y que el tema no está exento de ambigüedades. Ante este escenario, es crucial conocer la posición de nuestros tribunales en la materia, a efectos de identificar tendencias al respecto. En este trabajo, se analiza, de forma temática, la jurisprudencia disponible a la fecha, buscando aportar al foro un documento que sirva no solo como una mera recopilación, sino como referencia de los principales aspectos discutidos hasta el momento en nuestro país.

Abstract

Transfer pricing legislation, introduced in our country in 2010, has a highly complex nature, presenting many grey areas. In that regard, the OECD Guidelines and the relevant case law, acknowledge that transfer pricing is not an exact science, neither is exempt of ambiguities. In that light, it is crucial to know the position of the tribunals, in order to identify certain tendencies regarding the topic. This article analyses, systematically, the available case law, providing to the forum, not only a compilation, but also a reference regarding the main issues discussed in our country thus far.

Palabras Claves

Precios de transferencia, tributación internacional, empresas multinacionales, impuesto sobre la renta.

Keywords

Transfer pricing, international taxation, multinational enterprises, income tax.

Introducción

Diez años de la aprobación de la normativa relacionada con el control de los precios de transferencia en Panamá, vale la pena repasar los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con este apasionante tema, enfocando este esfuerzo académico, en proveer a la comunidad jurídica, un recuento

de las principales decisiones proferidas por las autoridades judiciales y administrativas en nuestro país, tratando de identificar posibles tendencias, que sirvan de guía tanto para los contribuyentes y sus asesores, como para las propias autoridades.

Antecedentes y marco jurídico

El (Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio [OCDE], 2010), en el cual se basa, mayormente, la red de convenios panameña, incluye, en su artículo 9, la base legal del control de los precios de transferencia, enfocado en la valoración de las transacciones celebradas entre empresas asociadas.

En consecuencia, el Capítulo IX al Título I del Libro IV del (Código Fiscal, 1956), 1956), denominado “Normas de adecuación a los tratados o convenios para evitar la doble tributación internacional”, adicionado mediante la (Ley 33, 2010)¹, desarrolla los fundamentos conceptuales y metodológicos del régimen de precios de transferencia, así como el ámbito de aplicación, aspectos técnicos y obligaciones formales relacionadas con la materia, en los artículos 762-A a 762-L del referido texto normativo.

Las disposiciones de este Capítulo, fueron reglamentadas por el (Decreto Ejecutivo 958 de 7 de agosto de 2013 (Ministerio de Economía y Finanzas, [MEF]), norma que a su vez fue subrogada por el (Decreto Ejecutivo 390 de 24 de octubre de 2016 [MEF]), precisamente en los aspectos relacionados con el régimen de precios de transferencia, en un intento por aclarar y desarrollar con mayor precisión algunos aspectos prácticos de la documentación y análisis de precios de transferencia, luego de desarrollarse las primeras auditorías.

Principio de libre competencia

La piedra angular del régimen de precios de transferencia, es el principio de libre competencia (también llamado de plena competencia, o con el anglicismo *arm's length*), desarrollado en el artículo 762-A del (Código Fiscal, 1956), según el cual,

¹ Modificada, dos años más tarde, por la (Ley 52, 2012)

las operaciones con partes relacionadas (definidas en el artículo 762-C de la misma norma) deberán determinarse considerando el precio o monto que habrían acordado partes independientes bajo circunstancias similares en condiciones de libre competencia.

Esta labor resulta, en la práctica, altamente costosa y compleja, ante las dificultades que plantea obtener información precisa y confiable sobre los precios y actividades de las empresas competidoras, además de no existir, realmente, dos empresas o productos iguales, de tal suerte que se plantea un ejercicio de comparabilidad “razonable”, cuya sustentación no es ajena a la existencia de interpretaciones divergentes.

No obstante, el Capítulo I de las Directrices sobre Precios de Transferencia para las Empresas Multinacionales y las Administraciones Fiscales, aprobadas por el Consejo de la [OCDE]², incorporadas en nuestra legislación como referencia técnica e interpre[TAT]) iva según el artículo 762-D del (Código Fiscal, 1956), ratifican la utilización del PLC, a pesar de reconocer la existencia de otras propuestas.

En consecuencia, el análisis de la jurisprudencia existente, evidencia que, tanto los contribuyentes y sus apoderados, como las autoridades administrativas, fundamentan su documentación, posiciones y decisiones, en el principio de plena competencia, según lo desarrollan las Directrices [OCDE].

Procedimientos administrativos en materia de precios de transferencia.

El análisis de precios de transferencia, depende del cumplimiento de las siguientes obligaciones formales:

² Se utilizará, para efectos de este artículo, la versión 2010, al ser la vigente en los períodos fiscales analizados en las jurisprudencias consultadas.

La inclusión de los montos correspondientes a ingresos, costos y gastos con partes relacionadas según el artículo 762-D en la Declaración Jurada de Rentas;

La presentación anual de una declaración informativa, denominada Informe de precios de transferencia [IPT]), mediante el formulario 930, que contiene un detalle de las de operaciones realizadas con partes relacionadas sujetas al régimen de PT, así como los métodos, porcentajes e indicadores utilizados.

La elaboración de un estudio de precios de transferencia (en adelante, EPT), que desarrolla de forma más completa, la información completa del contribuyente, sus partes relacionadas y el grupo empresarial, profundizando la valoración de las operaciones, el análisis de comparabilidad, el método utilizado, y el sustento de las decisiones tomadas.

La presentación del [IPT], es obligatoria, para los contribuyentes a los que aplique la normativa (tema ampliamente discutido, como se verá más adelante), mientras que el EPT (en el cual debe basarse la información plasmada en el informe), se presenta a requerimiento de la Dirección General de Ingresos [DGI], en un plazo de 45 días (hábiles).

Una vez recopilada la información de los contribuyentes, se generaron las primeras actuaciones por parte de la [DGI], generando las siguientes consecuencias:

Imposición de sanciones por el

incumplimiento en la presentación del Informe de Precios de Transferencia, ordenada por el artículo 762-I del (Código Fiscal, 1956);

El inicio de auditorías en materia de Tributación Internacional;

La realización de ajustes de precios de transferencia y la expedición de liquidaciones adicionales en materia de Impuesto sobre la Renta.

Al analizar la jurisprudencia relevante, se observa que, dentro de los motivos que llevan a la [DGI], a solicitar el estudio de precios de transferencia y a la posterior realización de una auditoría, los siguientes:

Asimetrías en la información declarada en la Declaración Jurada de Rentas, el Informe y el Estudio de Precios de Transferencia.

Cambios en el análisis de precios de transferencia (principalmente el método) de un período al otro, sin sustento suficiente.

Diferencias significativas reportadas por las empresas, con relación a otras empresas del sector.

Tendencias jurisprudenciales del Tribunal Administrativo Tributario [TAT] en materia de precios de transferencia

Algunas de las resoluciones de la DGI, fueron impugnadas en la vía gubernativa, llegando al TAT, entidad que ha sido, hasta el momento, la principal fuente jurisprudencial relacionada con el tema. Al investigar la base de datos del [TAT], se identifican las siguientes resoluciones:

Tabla 1. Liquidaciones adicionales por ajustes de precios de transferencia en la jurisprudencia del TAT.

RESOLUCIÓN	DECISIÓN	TEMAS PRINCIPALES
1. Resolución N° [TAT]-RF-083 de 8 de noviembre de 2017.	REVOCA.	Cantidad de comparables.
2. Resolución N° [TAT]-RF-071 de 31 de julio de 2019.	REVOCA (SV).	Ámbito de aplicación PT/ZL. Imp. Complementario.
3. Resolución N° [TAT]-RF-105 de 12 de diciembre de 2019	REVOCA (SV/VR).	Cantidad de comparables/ Parte analizada.
4. Resolución N° [TAT]-RF-002 de 10 de enero de 2020	MODIFICA.	Asimetrías documentación PT/ Comparables utilizados.
5. Resolución N° [TAT]-RF-062 de 10 de septiembre de 2020.	MODIFICA.	Precio de paridad/ Uso de bases de datos. Ajuste límite pérdidas deducibles 698-A.
6. Resolución N° [TAT]-RF-008 de 15 de febrero de 2021.	REVOCA (SV).	Ámbito de aplicación PT/ZL. Imp. Complementario.
7. Resolución N° [TAT]-RF-020 de 17 de marzo de 2021	REVOCA/SM (SV).	Ámbito de aplicación PT/ZL Imp. Comp. Ajuste límite pérdidas deducibles 698-A.
8. Resolución N° [TAT]-RF-031 de 13 de abril de 2021.	MODIFICA.	Asimetrías documentación PT/ Comparables utilizados.
9. Resolución N° [TAT]-RF-066 de 9 de julio de 2021.	MODIFICA.	Asimetrías documentación/ Comparables utilizados/ Información segmentada o agrupada.

Elaborado por el autor, con base en la información contenida en el sitio web del Tribunal Administrativo Tributario, consultada por última vez el 14/10/2021 a las 12:07 p.m. Siglas: SV: Salvamento de voto. VR: Voto razonado. PT: Precios de Transferencia. EPT: Estudio de precios de transferencia.

Tabla 2. Multas por incumplimiento presentación documentación de Precios de Transferencia en la Jurisprudencia del TAT.

RESOLUCIÓN	DECISIÓN	TEMAS PRINCIPALES
1. Resolución N° TAT-RF-058 de 4 de julio de 2018.	MODIFICA.	Presentación IPT empresas constructoras Art. 123 D.E. 170 de 1993.
2. Resolución N° TAT-RF-057 de 22 de mayo de 2019.	CONFIRMA (SV).	Ámbito de aplicación PT/ZL/ Imp. Complementario.
3. Resolución N° TAT-RF-097 de 18 de noviembre de 2019.	REVOCA.	Presentación EPT. Diligencia de notificación.
4. Resolución N° TAT-RF-015 de 3 de febrero de 2020.	CONFIRMA (SV).	Ámbito de aplicación PT/ZL/ Imp. Complementario.

5. Resolución N° TAT-RF-025 de 27 mayo de 2021.	CONFIRMA (SV/VR).	Ámbito de aplicación PT/ZL/ Imp. Complementario.
6. Resolución N° TAT-RF-049 de 1 de abril de 2021.	CONFIRMA (SV).	Ámbito de aplicación PT/ZL/ Imp. Complementario.
7. Resolución N° TAT-RF-060 de 5 de julio de 2021.	MODIFICA.	Valoración declaración rectificativa.
8. Resolución N° TAT-RF-080 de 18 de agosto de 2021.	CONFIRMA.	Valoración declaración rectificativa.

Elaborado por el autor, con base en la información contenida en el sitio web del Tribunal Administrativo Tributario, consultada por última vez el 14/10/2021 a las 12:07 p.m. Siglas: SV: Salvamento de voto. VR: Voto razonado. PT: Precios de Transferencia. EPT: Estudio de precios de transferencia.

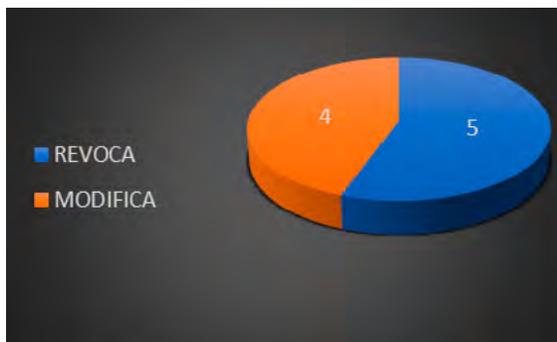


Figura 1. Liquidaciones adicionales por ajustes de precios de transferencia.



Figura 2. Resoluciones sancionatorias Art. 762-I Código Fiscal.

Aspectos procesales

En primer lugar, se observa que en los procesos de auditoría adelantados por la DGI, que han llegado a conocimiento del [TAT]), se efectuó una gran cantidad de requerimientos de información complementaria a los contribuyentes, incluyendo los estudios de precios de transferencia, e información financiera y metodología utilizada en el análisis, lo cual constituye, en mi opinión, una gestión adecuada de las auditorías, que va en línea con los derechos del obligado tributario consagrados en el artículo 155 de la (Ley 8, 2010).

No obstante, se ha discutido en segunda

instancia, la ausencia de un acta de cierre, lo cual llevó a que algunos contribuyentes se considerasen sorprendidos por la expedición de una liquidación adicional producto de un ajuste de precios de transferencia. En este sentido, la (Resolución n.º [TAT]), -RF-066, 2021, pág. 22) consideró que, a pesar de lo anterior, el contribuyente contó con todas las oportunidades procesales para sustentar sus descargos, presentando inclusive incidentes que fueron atendidos por la [DGI], además de las actuaciones llevadas a cabo en la vía gubernativa, concluyendo, por lo tanto, que no existía indefensión.

Si bien coincido con la posición del

Tribunal, en la medida en que no existe una situación que amerite una declaratoria de nulidad, por ejemplo, también se entiende la posición del contribuyente, quien necesita certeza respecto a los argumentos del fisco, que puedan dar pie a una liquidación adicional y a ejercer su derecho de defensa. Aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta el desbalance temporal existente en los plazos para recurrir (15 días), y los plazos que manejan las autoridades administrativas para realizar su análisis, ante un tema tan complejo.

Otro elemento destacable, es que la Administración Tributaria ha optado, en algunos casos, por expedir resoluciones independientes para cada periodo fiscal; y en otros, ha expedido una sola liquidación adicional correspondiente a dos periodos fiscales, decisión motivada por razones de economía procesal, así como el término de tres (3) años establecido en el artículo 720 del (Código Fiscal, 1956), siendo ambas actuaciones validadas por el [TAT]) (Ver Resolución n.º[TAT])-RF-002, 2020 y Resolución n.º[TAT])-RF-066, 2021)

En relación con las decisiones de fondo, tanto de la [DGI], como del [TAT]), es notable su nivel de detalle y complejidad, evidenciado en su extensión, muy superior al promedio en este tipo de procesos. Si bien, en este aspecto, tal como sucede en materia de comparables, prima la calidad sobre la cantidad, debe tomarse en cuenta que el análisis de precios de transferencia involucra grandes cantidades de documentación, lo cual conlleva que se haga un especial esfuerzo, en las decisiones analizadas, en describir de forma completa y detallada, las particularidades del contribuyente y la información plasmada en los estudios y una motivación adecuada de las decisiones tomadas.

En línea con lo anterior, es común la celebración de audiencias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 de la (Ley 8, 2010), así como la práctica de pruebas periciales, reconociendo la complejidad y especialidad de los casos y de la normativa.

Por otro lado, no debe ignorarse que estas decisiones involucran, en la mayoría de los casos, cifras millonarias, tanto en ajustes como en sanciones por incumplimiento, lo cual incide en su litigiosidad, previéndose que se sigan presentando este tipo de decisiones en los próximos años, no solo en la vía gubernativa, sino en la Sala III de la Corte Suprema de Justicia.

Ámbito de aplicación respecto a empresas radicadas en zonas libres.

Uno de los temas más discutidos en materia de precios de transferencia, es la interpretación del artículo 762-D del (Código Fiscal, 1956), generando posiciones divergentes por parte de la [DGI], los contribuyentes e inclusive el Pleno del Tribunal Administrativo Tributario (ver salvamentos de voto en las Tablas 1 y 2), particularmente, en lo referente a las empresas ubicadas en zonas libres.

En este sentido, debe recordarse que, según la versión vigente del artículo 762-D del (Código Fiscal, 1956), el ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia, se extiende a las operaciones con cualquier parte relacionada en el exterior, siempre que dichas operaciones tengan efectos como ingresos, costos o deducciones en la determinación de la base imponible, para fines del impuesto sobre la renta, del periodo fiscal en el que se declare o lleve a cabo la operación.

Es precisamente, esta frase, y lo que se considera determinación de la base imponible del impuesto sobre la renta, lo que generó una

gran cantidad de controversias. En este sentido, se llevaron a cabo auditorías y liquidaciones adicionales a empresas radicadas en zonas libres de impuestos, incluyendo aquellas que no generaron renta gravable en territorio panameño, bajo la premisa, sostenida por el fisco, de que el cálculo y pago del impuesto complementario, por parte de estas empresas, implicaba la obligatoriedad de cumplir con las obligaciones de precios de transferencia. Al respecto, se observan posturas bien marcadas en los fallos del [TAT]:

A favor de la postura de la [DGI], al considerar que el llamado impuesto complementario, al ser parte del Impuesto sobre la Renta, se encuentra dentro de la determinación del impuesto sobre la renta indicada en el artículo 762-D del (Código Fiscal, 1956) y por ende, da pie a la aplicación del régimen de precios de transferencia a este tipo de empresas. Ver (Resolución n.º [TAT] -RF-057, 2019), (Resolución n.º [TAT] -RF-015, 2020), (Resolución n.º [TAT] -RF-025, 2021) y (Resolución n.º [TAT] -RF-049, 2021).

En sentido contrario, constan los salvamentos de voto a las resoluciones recién reseñadas, en los cuales se interpretó que la expresión determinación del impuesto sobre la renta, se refiere al método tradicional, no a los regímenes especiales, los cuales, precisamente en virtud de esta especialidad, y del principio de seguridad jurídica, requieren una determinación clara en la ley respecto a sus obligaciones tributarias. Esta posición fue ratificada por decisión mayoritaria en la (Resolución n.º [TAT] -RF-071, 2019), con la participación de un Magistrado suplente, revocando el acto impugnado, al concluir que la

normativa y las obligaciones de precios de transferencia no era aplicable al contribuyente, al no haber generado renta de fuente panameña. La misma posición se mantuvo, además, en la (Resolución n.º [TAT] -RF-008, 2021), y la (Resolución n.º [TAT] -RF-020, 2021).

Un aspecto fundamental, en la motivación de estas resoluciones, lo constituye el hecho de que, en su momento, se realizaron varias consultas a la [DGI], que respondió, mediante Notas n.º 201-01-1648 de 30 de abril de 2013 y 201-01-4559 de 8 de octubre de 2013, que las empresas que operasen bajo este tipo de regímenes, no estaban sometidas al ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia, en la medida en que no generasen renta de fuente panameña, hecho que ha sido alegado por los recurrentes, sin embargo la [DGI], ha aludido en sus resoluciones, al carácter no vinculante de estos documentos, actitud que ha sido censurada por el [TAT]), en los precedentes indicados.

Otro elemento que se tomó en cuenta, fue la presentación a la Asamblea del Proyecto de Ley 654, que eventualmente se convirtió en la (Ley 69, 2018), restituyendo la vigencia del artículo 762-L del (Código Fiscal, 1956), ampliando el ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia, a las empresas que se encuentren ubicadas en zonas libres (incluyendo las de petróleo), áreas económicas especiales y regímenes especiales a partir del período 2019 (Ver Resolución n.º [TAT] -RF-071, 2019).

Cabe destacar que recientemente,

se emitió el primer fallo de la Corte Suprema de Justicia, relacionado con la imposición de una multa en materia de precios de transferencia, confirmada mediante la (Resolución n.º [TAT] -RF-057, 2019) ut supra, adhiriéndose a la primera de las posturas mencionadas en este apartado, tal como se verá más adelante.

Ajustes de precios de transferencia

El artículo 762-B del (Código Fiscal, 1956), ordena a la [DGI], a efectuar los ajustes correspondientes a la renta de los contribuyentes, cuando el precio o monto estipulado no corresponda a lo que se hubiera acordado entre partes independientes en operaciones comparables, resultando en una menor tributación en el país o un diferimiento de imposición, según sea el caso. En este sentido, el artículo 762-F de la misma excerta legal, dispone que “en caso de que el contribuyente se encuentre fuera del rango ajustado, se considerará que el precio o margen de utilidad en operaciones entre partes independientes es la mediana de dicho rango.”

En la práctica, este ajuste se realiza, ajustando la información financiera del contribuyente, llevando el indicador escogido (rentabilidad bruta o neta, precio, tasa de interés, regalía, etc.), a la mediana del rango, según el método intercuartil (por ejemplo, llevando la utilidad del contribuyente de 1.05% al 5%), y luego haciendo un ajuste al renglón de costos de la Declaración Jurada de Rentas del contribuyente. A continuación, se detallan algunas de las principales razones que han llevado a la realización de este tipo de ajustes por parte de la [DGI].

Cantidad y calidad de comparables

Un tema constante en el análisis del fisco en los precedentes consultados, es el proceso

de selección de comparables. En este sentido, en la (Resolución n.º [TAT] -RF-083, 2017), se discutió un ajuste realizado por la [DGI], fundamentado en la objeción de tres (3) de los cinco (5) comparables propuestos por el contribuyente, basados en el análisis de comparabilidad realizado y la información financiera de los mismos, afectando, así el rango de libre competencia.

En su parte motiva, la resolución aludida concluyó que no existe en la legislación panameña, una oportunidad procesal adicional para agregar nuevos comparables o realizar un nuevo análisis de precios de transferencia, una vez culminado el proceso de auditoría.

De igual forma, se indicó que la conformación del rango intercuartil, método estadístico recomendado en el artículo 762-F del (Código Fiscal, 1956) y las Directrices [OCDE], para determinar el rango de plena competencia, no contiene un mínimo ni un máximo de valores a considerar, enfocándose más en la calidad de los mismos, entendiéndose, que al referirse a un *rango* de valores, en principio debía ser más de uno, matizando, sin embargo, que según el párrafo 3.33 de las Directrices [DGI], 2010], en la utilización de bases de datos comerciales (tema que analizaremos más adelante), no debe primar la cantidad sobre la calidad.

Sin embargo, en la (Resolución n.º [TAT] -RF-105, 2019), el fisco objetó todos los comparables propuestos por el contribuyente, quien utilizó como parte en prueba a su parte relacionada en el extranjero, bajo el argumento de que no existían comparables en el mercado local (sector de venta de fertilizantes), procediendo a la búsqueda de comparables locales, utilizando como **único comparable**, a una división de una empresa local que cotiza en la Bolsa de Valores de

Panamá. Ante este escenario, el Tribunal hizo alusión a la (Resolución n.º [TAT] -RF-083, 2017), aclarando que, a pesar de que la ley no prohíba la utilización de un solo comparable, esto podría incidir negativamente en la comparabilidad, dado que el grado de similitud tendría que ser muy alto (un comparable prácticamente perfecto). Aunado a lo anterior, se consideró que el comparable utilizado por el fisco para su ajuste, presentaba importantes diferencias respecto a la parte analizada, sin que constase en el expediente la realización de ajustes adicionales. Cabe destacar que, en resoluciones posteriores, se observa un esfuerzo por parte de la [DGI], de evaluar el proceso de descarte de comparables potenciales realizado por el contribuyente en sus estudios de precios de transferencia. En esta línea, en la (Resolución n.º [TAT]) -RF-066, 2021) el fisco, no solo objetó la utilización de ciertos comparables, sino que también incorporó algunos comparables descartados por el contribuyente, para construir el rango de libre competencia. Por su parte, la defensa del contribuyente planteó que la verdadera razón detrás de esta medida, no eran aspectos técnicos, sino los márgenes de los comparables descartados/incluidos por la [DGI].

En este sentido, el [TAT]) reiteró el análisis realizado en la (Resolución n.º [TAT] -RF-002, 2020), en la cual se indicó que:

así como los criterios de descarte deben ser aplicados de forma uniforme por parte del contribuyente, también deben serlo por la [DGI], independientemente de que los resultados que arroje el análisis sean a favor o en contra del fisco... es incongruente que se objetan comparables que se encuentren en circunstancias similares con otros que sí han sido aceptados, es decir, que guardan un nivel razonable de comparabilidad

con la parte examinada.

De este análisis, se destaca que, más allá de los factores específicos que lleven a aceptar o descartar un comparable, lo más importante es que esta decisión esté debidamente justificada y documentada, tanto por el contribuyente, como por la [DGI], dada la importancia que tiene para efectos de la determinación del rango de libre competencia.

Búsqueda de comparables y bases de datos.

El artículo 762-E del (Código Fiscal, 1956) desarrolla el análisis de comparabilidad, que se fundamenta en los siguientes factores: 1) Las características de los productos o servicios; 2) Las funciones, activos y riesgos involucrados en la operación; 3) Las condiciones contractuales reales de la operación 4) Las características de los mercados u otros factores económicos que puedan afectar las operaciones; y 5) Las estrategias comerciales y de negocio.

Según el párrafo 3.24 de las Directrices [OCDE] 2010), los comparables pueden ser internos (una operación comparable entre una parte de la operación vinculada y una parte independiente) o externos (una operación comparable entre dos empresas independientes, ninguna de las cuales es parte de la operación vinculada). En la práctica, se observa que en muchas ocasiones los contribuyentes no cuentan con comparables internos en lo absoluto, al funcionar solamente a lo interno de los grupos, y aun en caso de existir, no siempre son lo suficientemente fiables como lo reconoce el párrafo 3.28 de las Directrices [OCDE] 2010. Lo anterior lleva a que, en la práctica, la elaboración de los estudios de precios de transferencia se apoye, en gran medida, en la búsqueda de comparables externos, mediante la utilización de bases de datos comerciales.

En este sentido, el [TAT], ha ratificado la validez de la utilización de las bases de datos, reconociendo que, en ciertos casos, es el único recurso viable con el que cuentan los contribuyentes al momento de realizar sus estudios de precios de transferencia. Así lo confirma la (Resolución n.º [TAT] -RF-062, 2020), al apuntar que:

es una práctica común y aceptada en las Guías de la [OCDE] (ver párrafos 3.29 y subsiguientes), su utilización para ubicar comparables externos, destacando su importancia para subsanar las evidentes dificultades que plantea la búsqueda de comparables, elemento crucial para la determinación de un rango de plena competencia, agregando que es innegable que la información extraída de bases de datos, es un elemento importante y necesario, ante el reto que representa la búsqueda de comparables. (p. 35)

Cabe indicar que, en este caso, el contribuyente alegó que la base de datos utilizada realizaba ajustes automáticos, y que el fisco planteaba una guerra de comparables al utilizar otra base de datos, lo cual fue refutado por la [DGI], y ratificado por el [TAT]), al comprobarse que las diferencias observadas obedecían “a ajustes relacionados con la exclusión de los excise taxes y la incorporación de gastos operativos”, según la información financiera presentada por el propio contribuyente. (Resolución n.º [TAT] -RF-062, 2020, pág. 37)

Métodos para aplicar el principio de libre competencia.

Otro de los aspectos sensitivos de la casuística relacionada con el régimen de precios de transferencia, es la utilización correcta de los métodos para la aplicación de principio de plena competencia, consagrados

en el artículo 762-F del (Código Fiscal, 1956) y su reglamentación.³

En este sentido, el [TAT], se ha pronunciado respecto a ciertas objeciones de la [DGI], al método utilizado por el contribuyente, aclarando, que “según las Guías de la [OCDE], y la normativa panameña, el Método utilizado para el análisis de Precios de Transferencia obedece a la información disponible, no al revés.” (Ver Resolución n.º [TAT] -RF-105, 2019, p. 20)

En la misma resolución se enfatizó que la utilización del método del precio de reventa “es la más recomendable, en la medida en que se cuente con suficiente información, producto del análisis de comparabilidad... con prelación al método del margen neto transaccional.”

Posteriormente, en la (Resolución n.º [TAT] -RF-066, 2021), la objeción principal de la DGI, respecto al segmento de venta de inventario para distribución, radicaba en el incumplimiento del supuesto contemplado al inicio del párrafo 2.21 de las Directrices [OCDE] 2010, explicando que, si bien los EPT manifestaban que se trataba de una operación de distribución, “ignoran el hecho de que las ventas reportadas en esta operación son efectuadas exclusivamente a partes relacionadas, lo cual compromete la aplicabilidad de este método”, coincidiendo con la posición de la [DGI],

al recordar que el método del precio de reventa se enfoca, precisamente, en el margen obtenido por la parte analizada, al revender los inventarios adquiridos de partes relacionadas, a empresas independientes, bajo la premisa de

³ Una de las particularidades del régimen de precios de transferencia, es que no solo compara precios, extendiéndose a otros indicadores, como los márgenes de rentabilidad (bruta o neta) de las empresas.

que esta operación sería, en teoría, la más difícil de manipular, al no existir vínculo entre comprador y vendedor en este aspecto de la transacción, situación que no se observa en este caso, y no permite evaluar con niveles de fiabilidad suficientes, la operación de venta de inventarios, al tratarse de una operación entre partes relacionadas... toda vez que la aplicación de los métodos tradicionales, se ve comprometida por la presencia de transacciones con partes relacionadas en ambos lados de la operación de venta de inventarios para distribución. (p. 33)

Igualmente, se reiteró que la aplicación de este método “sería la más recomendable, para operaciones en las que se adquieren productos de partes relacionadas, y se distribuyen a partes independientes, siempre y cuando se cuente con suficiente información, y esté debidamente sustentado en el análisis de comparabilidad.” (Ídem.)

Parte en prueba

En dos sentencias del [TAT], se discutió la utilización como parte analizada, para efectos del análisis de precios de transferencia, de la parte relacionada ubicada en el exterior, con base en los siguientes argumentos:

Que tanto la normativa local como el párrafo 3.18 de las Directrices [OCDE] 2010, lo permiten;

La ausencia de comparables en el mercado local;

Que las funciones de la empresa extranjera eran menos complejas que las de la empresa panameña.

Lo anterior, fue interpretado por la [DGI], como un incumplimiento de la normativa,

destacando que las normas de precios de transferencia, específicamente el artículo 762-F del (Código Fiscal, 1956), se refieren en todo al momento al contribuyente, entendido como tal, al que cumpla con la definición prevista en el artículo 694 de la misma excerta legal.

Al respecto, el [TAT], consideró en la (Resolución n.º [TAT] -RF-105, 2019, p. 16), que:

si bien las Guías de la [OCDE], reconocen la posibilidad de utilizar como parte en prueba tanto al contribuyente local como al extranjero, el factor decisivo será la fiabilidad del análisis realizado, a efectos de determinar el cumplimiento del principio de plena competencia en las operaciones celebradas por el contribuyente local con sus partes relacionadas en el extranjero, coincidiendo con la posición de la [DGI], al señalar que el mero hecho de que la parte relacionada en el extranjero se encontrase por debajo del rango de plena competencia establecido según su análisis de precios de transferencia, no proporcionaba un nivel suficiente de fiabilidad, respecto a las operaciones de la empresa panameña, dado que aquella tenía operaciones con otras partes relacionadas, y que las funciones de la empresa extranjera no eran menos complejas que las de la empresa panameña.

En concordancia, la (Resolución n.º [TAT] -RF-066, 2021) amplía que la normativa panameña no se refiere expresamente a la selección de la parte analizada, a pesar de ser un aspecto fundamental de la metodología de precios de transferencia, coincidiendo con el contribuyente en que en todas las versiones del formulario 930, “se brinda la opción

al contribuyente de determinar cuál será la parte analizada para efectos de la operación declarada”, plasmándose dos casillas, con la opción “Contribuyente” y “Parte relacionada”, lo cual llevó a considerar como “contradictorio que la [DGI], adopte una posición tan restrictiva, cuando la propia documentación pública elaborada para el cumplimiento de las obligaciones formales derivadas del régimen de precios de transferencia, permita la utilización de la parte relacionada como parte analizada” agregando que:

de haber sido la intención del legislador, limitar el análisis de las operaciones, a los contribuyentes locales, la normativa lo habría plasmado directamente, y la propia administración no habría incluido esta posibilidad en su formulario, que se ha mantenido, inclusive, en las versiones posteriores. (p. 40)

En virtud del análisis realizado, y siguiendo el precedente fijado en la (Resolución n.º [TAT] -RF-105, 2019), el tribunal concluyó que “es posible utilizar a la parte relacionada como parte analizada, sin embargo, esta elección debe justificarse adecuadamente, teniendo como objetivo, garantizar la fiabilidad del análisis, tomando en cuenta lo dispuesto en el párrafo 3.18 de las Directrices, es decir, que la parte analizada sea la que tiene funciones menos complejas.” (Ídem., p. 42)

Arrastre de pérdidas según el artículo 698-A del (Código Fiscal, 1956).

Según este artículo, las pérdidas sufridas en un período fiscal, pueden cargarse contra la renta de los cinco (5) períodos subsiguientes, con un límite de veinte por ciento (20%) anual. Sin embargo, esta deducción no puede reducir en más del cincuenta por ciento (50%) la renta neta gravable del contribuyente en el año en que se deduzca la cuota parte respectiva. Existen

dos precedentes en los que los recurrentes solicitaron que, en caso de mantenerse los ajustes a la renta de los contribuyentes, se ajustase también el monto correspondiente al arrastre de pérdidas deducibles según este artículo.

En ambos casos, la [DGI], aceptó la solicitud realizada, tal como se aprecia en la (Resolución n.º [TAT] -RF-062, 2020) y posteriormente en la (Resolución n.º [TAT] -RF-020, 2021), coadyuvando, en este último, a que el contribuyente realizara el pago del monto determinado en la resolución modificatoria, una vez aplicado el referido ajuste.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de precios de transferencia.

Los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se enfocan en temas probatorios relacionados con procesos de precios de transferencia.⁴ Sin embargo, el pronunciamiento más reciente (Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, 27 de agosto de 2021), declaró que ES LEGAL la sanción impuesta mediante la Resolución n.º 201-1429 de 24 de octubre de 2014 [DGI], confirmada por el [TAT] mediante la (Resolución n.º [TAT]-RF-057, 2019), es decir, adhiriéndose a la postura que considera que el ámbito de aplicación del régimen de precios de transferencia, se extiende, vía impuesto complementario, a las empresas radicadas en zonas libres, a pesar de que no generen ingresos gravables en el país (ver apartado Ámbito de aplicación respecto a empresas radicadas en zonas libres) en este documento), distinguiendo entre la exoneración de las operaciones exteriores y/o de exportación y

⁴ Ver (Sentencia Amparo de Garantías Constitucionales Pleno, 6 de agosto de 2018); (Sentencia DCA de Nulidad Sala Tercera, 28 de marzo de 2019) y (Resolución Apelación Auto que niega Pruebas en Sala Tercera, 20 de marzo de 2020)

el deber de presentar el [IPT], entendiendo que las operaciones con partes relacionadas incidieron en sus ingresos, y en sus utilidades, y que la exoneración estipulada en el artículo 701, literal d. del (Código Fiscal, 1956), no se extiende a las utilidades para distribuir a los accionistas. Lo anterior marca un precedente importante, ya que es la primera sentencia de nuestra máxima corporación de justicia, que resuelve una controversia de este tipo, cuyas repercusiones jurídicas se extenderán, seguramente, más allá de las obligaciones

formales, y de un solo contribuyente, al ser muchas las empresas que se enfrentaron al escenario cambiante desde el punto de vista normativo y administrativo, lo cual seguro tendrá un impacto en las controversias que se ventilen en los próximos años, recordando que un porcentaje importante de las auditorías de precios de transferencia, tanto en temas de forma, como de fondo, se enfocaron en empresas ubicadas en este sector, entre los períodos 2012 y 2018.

Conclusiones

El análisis y metodología de precios de transferencia es uno de los temas más complejos en materia tributaria, pudiendo llevar a ajustes y sanciones millonarias.

Anivel administrativo, se pueden identificar algunas tendencias de los tribunales, como la utilización de las Directrices de Precios de Transferencia [OCDE] 2010, los propios precedentes del [TAT]), doctrina e inclusive jurisprudencia extranjera, destacando, sin embargo, que no es una ciencia exacta, y que, en el análisis de estas controversias, debe aplicarse un enfoque “caso por caso.”

Desde el punto de vista cuantitativo se mantiene cierto equilibrio entre las resoluciones contentivas de liquidaciones adicionales (9) y las sancionatorias (8). En el primer caso, la tendencia ha sido la modificación o revocatoria de los alcances realizados, mientras que, en el

segundo, el [TAT] se ha inclinado más hacia la confirmación de los actos impugnados.

Es notoria la existencia de posiciones divergentes, inclusive a lo interno de [TAT]), lo cual se evidencia en los salvamentos de voto y votos razonados aludidos en el documento.

No obstante, en el primer pronunciamiento realizado en la esfera judicial por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se adhirió a la posición del fisco en relación con el ámbito de aplicación de la normativa, al analizar una multa por incumplimiento formal, a una empresa radicada en una Zona Libre, lo cual permite prever, que el tema seguirá dominando la doctrina y jurisprudencia local, dada su naturaleza controversial y las cuantías involucradas, y obliga a darle un adecuado seguimiento a las sentencias de los tribunales administrativos y judiciales.

Referencias Bibliográficas

- Código Fiscal, 1956. (27 de enero de 1956). Ley 8. Panamá.
- Decreto Ejecutivo 170 . (27 de octubre de 1993). Por el cual se reglamentan las Disposiciones del Impuesto sobre la Renta contenidas en el Código Fiscal y se deroga el Decreto 60 de 28 de junio de 1965. Panamá, Panamá: Gaceta Oficial No. 22,412.
- Decreto Ejecutivo 390 de 24 de octubre de 2016 [Ministerio de Economía y Finanzas]. (s.f.). Que reglamenta el principio de plena competencia del Capítulo IX del Título I del Libro Cuarto del Código Fiscal y subriga artículos al Decreto Ejecutivo 958 del 7 de agosto de 2013. Panamá: Gaceta Oficial Digital No. 28146-B.
- Decreto Ejecutivo 958 de 7 de agosto de 2013 [Ministerio de Economía y Finanzas]. (s.f.). Que reglamenta el Capítulo IX del Título I del Libro Cuarto del Código Fiscal sobre Normas de Adecuación a los Tratados o Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional. Panamá: Gaceta Oficial Digital No. 27347-A.
- Ley 33. (30 de junio de 2010). Que adiciona un Capítulo al Código Fiscal sobre Normas de adecuación a los Tratados o Convenios para Evitar la Doble Tributación. Gaceta Oficial Digital No. 26566-A, Panamá.
- Ley 52. (28 de agosto de 2012). Que reforma el Código Fiscal y dicta otras disposiciones fiscales. Gaceta Oficial Digital No 27108, Panamá.
- Ley 69. (26 de diciembre de 2018). Que establece el método para calcular la renta usjeta a exención o tratamiento fiscal preferencial por la cesión o explotación de activos intangibles y dicta otra disposición. Gaceta Oficial Digital No. 28684-B, Panamá.
- Ley 8. (15 de marzo de 2010). Que reforma el (Código Fiscal, adopta medidas fiscales y crea el Tribunal Administrativo Tributario. Gaceta Oficial Digital No. No 26489-A, Panamá.
- Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio OCDE. (2010). (I. d. Fiscales, Trad.) España: OCDE.
- OCDE. (2010). Directrices OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Resolución Apelación Auto que niega Pruebas en Sala Tercera, 559-19 (Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral, Corte Suprema de Justicia, Panamá 20 de marzo de 2020).
- Resolución n.º [TAT] -RF-002, 152-18 (Tribunal Administrativo Tributario 10 de enero de 2020).
- Resolución n.º [TAT] -RF-008, 200-18 (Tribunal Administrativo Tributario 15 de febrero de 2021).
- Resolución n.º [TAT] -RF-015, 176-18 (Tribunal Administrativo Tributario 3 de febrero de 2020).
- Resolución n.º [TAT] -RF-020, 020-18 (Tribunal Administrativo Tributario 17 de

marzo de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-025, 167-18
(Tribunal Administrativo Tributario 1 de
abril de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-031, 153-18
(Tribunal Administrativo Tributario 13 de
abril de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-049, 016-18
(Tribunal Administrativo Tributario 27 de
mayo de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-057, 031-16
(Tribunal Administrativo Tributario 22 de
mayo de 2019).

Resolución n.º [TAT]) -RF-058, 006-15
(Tribunal Administrativo Tributario 4 de
julio de 2018).

Resolución n.º [TAT]) -RF-060, 009-19
(Tribunal Administrativo Tributario 5 de
julio de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-062, 099-19
(Tribunal Administrativo Tributario 10 de
septiembre de 2020).

Resolución n.º [TAT]) -RF-066, 230-18
(Tribunal Administrativo Tributario 9 de
Julio de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-071, 181-17
(Tribunal Administrativo Tributario 31 de

julio de 2019).

Resolución n.º [TAT]) -RF-080, 028-20
(Tribunal Administrativo Tributario 18 de
agosto de 2021).

Resolución n.º [TAT]) -RF-083, 073-16
(Tribunal Administrativo Tributario 8 de
noviembre de 2017).

Resolución n.º [TAT]) -RF-097, 190-18
(Tribunal Administrativo Tributario 18 de
noviembre de 2019).

Resolución n.º [TAT]) -RF-105, 216-17
(Tribunal Administrativo Tributario 12 de
diciembre de 2019).

Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo
y Laboral, 559-19 (Corte Suprema de
Justicia, Panamá 27 de agosto de 2021).

Sentencia Amparo de Garantías
Constitucionales Pleno, 661-18 (Corte
Suprema de Justicia, Panamá. 6 de agosto
de 2018).

Sentencia DCA de Nulidad Sala Tercera,
155-19 (Sala Tercera de lo Contencioso
Administrativo y Laboral, Corte Suprema
de Justicia, Panamá 28 de marzo de 2019).

Tribunal Administrativo Tributario. (5 de
octubre de 2021). Obtenido de www.tribunaltributario.gob.pa

Mgter. Nelson R. Gutiérrez A.

El autor es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, egresado de la Universidad de Panamá, y cuenta con Maestría en Derecho Tributario, otorgada por la Universidad Queen Mary (Universidad de Londres); Maestría en Derecho Comercial, otorgada por la Universidad Interamericana de Panamá, y Maestría en Docencia Superior, otorgada por la Universidad Americana de Panamá.

A nivel profesional, se ha desempeñado como Asesor Legal en el Ministerio

de Economía y Finanzas, como Asistente de Magistrado en el Tribunal Administrativo Tributario y actualmente, como Supervisor Senior en el área Legal e Impuestos de la firma KPMG Panamá.

A nivel académico, se ha desempeñado como Profesor de Derecho Tributario y Comercial, a nivel de Licenciatura y Maestría, además de contar con varios artículos bajo su autoría, en publicaciones nacionales e internacionales.