

# ***Despejando una confusión: la cláusula de nación más favorecida y su incidencia en las rentas pasivas de los CDIs suscritos con Canadá y Chile***

**GILBERTO RAMOS FERNÁNDEZ**

## **1. INTRODUCCIÓN**

Uno de los temas que ha venido captando la atención de la doctrina comparada es la tendencia observada en los últimos años a incluir cláusulas de nación más favorecida -“NMF”- en los convenios para evitar la doble imposición internacional -“CDI”-, debido a que si bien estas cláusulas son comunes en los acuerdos vinculados al comercio internacional, su inclusión en la esfera de un CDI es, en líneas generales, limitada y excepcional.

Mediante una cláusula de NMF, un Estado se obliga frente a otro Estado a no tratarlo de manera menos favorable que a un tercer Estado. En ese sentido, es usual que se identifique con el principio de no discriminación, especialmente, en el ámbito de los acuerdos multilaterales concertados entre países miembros de la Organización Mundial de Comercio -“OMC”-. Por su parte, aún cuando los CDIs suelen incorporar cláusulas de no discriminación, se entiende que éstas no implican per se una obligación de NMF que permita extender el tratamiento fiscal más favorable, acordado en el marco de un CDI entre dos Estados contratantes, a los nacionales o residentes de terceros Estados, porque esto desnaturalizaría el principio de reciprocidad que subyace en los CDIs, configurados como tratados bilaterales en su gran mayoría.

Dentro de este marco, el presente trabajo tiene como objeto analizar la incidencia de la cláusula de NMF en el régimen fiscal de las rentas pasivas (i.e. dividendos, intereses y regalías) acordado por Perú en los CDIs con Chile y Canadá, respectivamente,<sup>1</sup> a propósito del rechazo al CDI con Es-

---

<sup>1</sup> *Convenio entre la República del Perú y la República de Canadá para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio*, aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 27904, publicada el 6 de enero de 2003; *Convenio entre la República del Perú y la República de Chile para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio*, aprobado mediante Resolución Legislativa Nº 27905,

paña<sup>2</sup> por parte de la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso -“la Comisión”- por considerar que las menores tasas de retención en fuente para ciertas rentas pasivas permitiría que los residentes en Chile o Canadá invoquen el tratamiento fiscal más favorable pactado con España, al amparo de la cláusula de no discriminación.

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La obligación de NMF tiene una larga historia en el comercio internacional que se remonta hasta el siglo XII, aunque se sugiere que la expresión, como la conocemos hoy en día, habría surgido en el siglo XVII a raíz del intercambio comercial experimentado por los países europeos en aquella época. Sin embargo, no sería hasta la conclusión del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1947 (GATT, por sus siglas en inglés) que la obligación de NMF alcanzaría una relevancia mayor en el contexto del derecho internacional económico, al configurarse como uno de los pilares esenciales para propiciar la liberalización del comercio a nivel mundial.<sup>3</sup>

Contrariamente, la obligación de NMF no ha tenido relevancia similar en el ámbito de los CDIs. Incluso, podría afirmarse que el tema pasó desapercibido, si no fuera por el debate suscitado a inicios de la década de los noventa, en el seno de la Unión Europea -“UE”-, en torno a si los beneficios o ventajas fiscales acordadas en un CDI entre dos Estados miembros debían extenderse a los residentes de otro tercer Estado miembro, en la medida que un sector de la doctrina europea consideraba que esta situación podría colisionar con las libertades fundamentales que informan la integración de este bloque regional y con el principio de no discriminación que recoge el art. 12 del Tratado de la UE. En ese sentido, aún cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se ha pronunciado recientemente en sentido contrario, a propósito del caso *D v. Inspecteur van de Belastingdienst (Case C-376/03)*,<sup>4</sup> dicho debate continúa, aunque circuns-

---

publicada el 6 de enero de 2003.

<sup>2</sup> *Convenio entre la República del Perú y el reino de España para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación con los impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio*, suscrito en Lima el 6 de abril de 2006.

<sup>3</sup> JACKSON, John: *The World Trade System. Law and Policy of International Economic Relations*. The MIT Press Cambridge, Massachusetts, 1997 p. 158; CEBI, Pinar & RODNEY, Ludema: *The Rise and Fall of the Most-Favored-Nation Clause*. Working Paper Georgetown University December 2001 p. 1.

<sup>4</sup> Brevemente, los hechos son los siguientes: En 1998, el Sr. D, ciudadano alemán residente en Alemania, tenía el 10% de sus activos totales ubicados en Holanda a través de diversos bienes inmuebles. Durante ese año, se encontraba vigente en Holanda un impuesto al patrimonio. Consecuentemente, el Sr. D estaba afecto como contribuyente no residente en Holanda. De acuerdo con la legislación de este

crito al ámbito comunitario.<sup>5</sup>

Más allá de la referida discusión, la doctrina comparada conviene en señalar que la obligación de NMF no es oponible a un CDI, salvo que una cláusula de este tipo haya sido incluida expresamente, debido a que en la comunidad internacional no existe el reconocimiento del carácter obligatorio del tratamiento de NMF si éste no es escrito, así como tampoco, de su consideración como norma consuetudinaria o como principio general del derecho internacional.<sup>6</sup>

---

país y a lo dispuesto en el CDI Alemania - Holanda, el Sr. D no podía reclamar el reconocimiento de cierta cantidad exenta del referido impuesto patrimonial. Por su parte, los residentes en Bélgica gozaban de tal exención al amparo del CDI Bélgica - Holanda. El Sr. D sostuvo que la diferencia derivada de la aplicación del CDI belgo-neerlandés entre su situación y la de un residente en Bélgica que se encontrara en una posición equivalente, constituía una discriminación prohibida por el Tratado de la UE. Las autoridades holandesas plantearon dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal. La segunda cuestión era si el Sr. D podía invocar, bajo el entendimiento de una obligación de NMF, el CDI belgoneerlandés para obtener la cantidad exenta disponible para los residentes en Bélgica. La respuesta del Tribunal fue negativa. Uno de los argumentos empleados por el Tribunal fue el siguiente: *“El hecho de que estos derechos y obligaciones recíprocos sólo se apliquen a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.”* El texto en español de la resolución se reproduce en *Revista de la Economía Social y de la Empresa* No. 46, 2006 pp. 56-64.

<sup>5</sup> Véase PETERS, Ceas: “D case puts brake on integration” *International Tax Review* September 2005; SHEPPARD, Lee: “The ECJ’s Common Sense in the D Case” *Tax Notes International* July 18, 2005 p. 282 y ss; KOFLER, Georg: “Most-Favoured-Nation Treatment in Direct Taxation: Does EC Law provide for Community MFN in Bilateral Double Taxation Treaties?” *Houston Business and Tax Law Journal* Vol. 5, 2005, pp. 9-11; MASSI, Daniel: Will the Fundamental Freedoms of EC Law impose a Most-Favoured-Nation Obligation on Tax Treaties? *Jönköping, Sweden* May 2005 pp. 20-23; Asimismo, pueden consultarse las siguientes notas presentadas al Forum realizado el 28 de abril de 2005 por la Confederation Fiscale Européenne “A tax treaty for Europe?”: RAVENTOS CALVO, Stella: The Most-Favoured-Nation clause and the outcome of the “D” and “Bujara” cases in the European Court of Justice. Introduction; WEBER, Dennis: Differences between Tax Treaties: Prohibited Discrimination?; THÖMMES, Otmar: A Tax Treaty for Europe: an independent view under EU Law WATERS, Mike: A Tax Treaty for Europe? MFN and the outcome of the D and Bujara cases in the European Court of Justice. Disponibles en <http://european-tax-adviser.com/wordpress/?p=487> (Última visita Enero 24, 2008).

<sup>6</sup> DÜRRSCHMIDT, Daniel: *Tax Treaties and Most-Favoured-Nation Treatment, particularly within the European Union*. Schriftenreihe Steuerinstitut Nürnberg No. 2006-02 Juni 2006 pp. 2-3; BRAUNER, Yariv: “International trade and tax Agreements may be coordinated, but not reconciled” *Virginia Tax Review* Vol. 25, No. 1, Summer 2005 pp. 270 y ss.; ROSEMBUJ, Tulio: “La obligación de la nación más favorecida y los convenios para evitar la doble imposición en el comercio mundial” *Revista de la Economía Social y de la Empresa* No. 45, 2005. p. 5 Sin embargo, Rosem-

Mediante una cláusula de NMF, un Estado se compromete frente a otro Estado a no tratarlo de manera menos favorable que a un tercer Estado. Si extrapolamos esta obligación a la esfera de un CDI, significa que los términos del régimen fiscal convenido entre el Estado “A” y el Estado “B” no deben ser menos favorables que los términos pactados entre el Estado “A” y un tercer Estado “C”. Por tanto, si el régimen fiscal establecido en el CDI entre “A” y “C” fuera más beneficioso, entonces también debería ser aplicable al CDI entre “A” y “B”.

En junio de 2007, la Comisión evacuó un dictamen en contra de la aprobación del CDI con España esgrimiendo una serie de argumentos que, en muchos aspectos, adolecen de sustento jurídico.<sup>7</sup> Uno de los principales argumentos consiste en que la cláusula de no discriminación del supuesto contemplado en el art. 24(4) del CDI con Canadá y Chile, respectivamente, permitiría que, toda vez que las tasas máximas de retención en fuente son más bajas en el CDI con España, los residentes de aquellos Estados invoquen la extensión de las referidas tasas máximas. De esta manera, como veremos más adelante, se incurre en una confusión sobre los alcances reales de la cláusula de no discriminación con los alcances propios de una cláusula de NMF que, paradójicamente, sí ha sido contemplada en el Protocolo del CDI con Canadá y Chile, respectivamente.

Por tanto, el problema que se plantea es si un CDI alberga algún tipo de obligación de NMF y si, concretamente, una persona residente en Chile o Canadá podría invocar el art. 24(4) de los CDIs respectivos, a efectos de que se le aplique el tratamiento más favorable sobre ciertas rentas pasivas acordado en el CDI con España, partiendo del supuesto, claro está, que este último fuera aprobado por el Congreso.

Para ello, en el punto 3 empezaremos con el rol que desempeña la cláusula de NMF en el ámbito del derecho internacional económico que configura su espacio natural de desarrollo, particularmente, en lo referido a los principales acuerdos multilaterales concluidos en el marco de la OMC y a los Acuerdos Internacionales de Inversión y la vinculación de aquellos con lo dispuesto en un CDI. Seguidamente, en el punto 4 abordaremos la cláusula de NMF desde la perspectiva del derecho internacional tributario,

---

buj considera que la obligación de NMF supondría una especie de norma consuetudinaria latente o en estado de formación.

<sup>7</sup> Véase RAMOS, Gilberto: “Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Perú y España: Descifrando el Dictamen del Congreso” (Primera Parte) *Análisis Tributario* No. 237 Octubre 2007 pp. 25-28; RAMOS, Gilberto: “Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Perú y España: Descifrando el Dictamen del Congreso” (Segunda Parte) *Informe Tributario*. Suplemento Análisis Tributario No. 198 Octubre 2007 pp.6-9

específicamente, a la luz de la cláusula de no discriminación del art. 24 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio, aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -“Modelo OCDE”-. Luego, en el punto 5 delimitaremos los alcances del art. 24(4) de los CDIs con Chile y Canadá, respectivamente. Finalmente, en el punto 6 se analizará la dinámica de la cláusula de NMF que incorpora el Protocolo de los CDIs con Canadá y Chile, respectivamente, y las consecuencias de su activación en el caso hipotético que fuera aprobado el CDI con España.

### **3. LA CLÁUSULA DE NMF EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

Dentro del sistema de acuerdos multilaterales sobre comercio internacional encuadrados en el marco de actuación de la OMC, destacan por su importancia, el GATT y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés). Por su parte, existen una serie de Acuerdos Internacionales de Inversión -“IAA”- que procuran brindar a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones en los países receptores de la inversión una serie de garantías con el propósito de crear un clima apropiado, estable y previsible para la atracción de inversión extranjera.<sup>8</sup>

Ambas clases de acuerdos establecen cláusulas de NMF, cuyo estudio excede el objeto del presente trabajo y los límites de espacio recomendados por el ponente general. En tal sentido, la siguiente revisión se ciñe a presentar sólo los aspectos generales de las referidas cláusulas, así como también, a delimitar la relación que guardan con lo pactado entre dos países en el marco de un CDI.

#### **3.1. La cláusula en el contexto de los Acuerdos de la OMC**

En materia de comercio internacional, se sostiene que el principio de no discriminación se manifiesta, primordialmente, a través de dos cláusulas esenciales, que se encuentran recogidas tanto en el GATT como en el GATS. Nos referimos, por un lado, a la cláusula vinculada a la obligación de NMF y, por otro lado, a la cláusula ligada a la obligación de igualdad de trato o de trato nacional.<sup>9</sup> En términos generales, mientras la obligación

<sup>8</sup> DUPUY, Jaime: *Acuerdos Internacionales de Inversión*. Documento de Investigación, Lima, 2007 p. 1 Este documento inédito ha sido cedido gentilmente por el autor, quién actualmente se desempeña como funcionario del Ministerio de Comercio Exterior.

<sup>9</sup> DÍAZ MIER, Miguel Angel: *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*. Editorial Síntesis, Madrid, 1996 p. 57 y ss.; JACKSON, John. Op. Cit. p. 157.

de NMF prohíbe la discriminación entre extranjeros, la obligación de igualdad de trato prohíbe la discriminación contra extranjeros a favor de nacionales.<sup>10</sup>

Ahora bien, en la medida que la OMC ha procurado la consecución de un régimen multilateral que permita la eliminación de barreras al comercio, la filosofía que se encuentra detrás de su diseño, como ente coordinador de la relaciones comerciales internacionales, no es otra que minimizar las barreras domésticas y que las reducciones que puedan ser concedidas a una parte sean otorgadas al resto de sujetos que participan del régimen. En ese sentido, la inclusión de una obligación de NMF cumple un rol esencial en el “multilateralismo” que caracteriza a esta especie de acuerdos comerciales.<sup>11</sup>

Con tal finalidad, el art. I del GATT establece que cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado, con respecto a:

los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones;

los métodos de exacción de tales derechos y cargas;

los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones;

las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III.

Como se observa, la cláusula de NMF significa que cualquier beneficio relacionado con la exportación o importación de un producto determinado a una nación tiene que ser igualmente otorgado a un producto similar de todos los países miembros de la OMC, a fin de evitar un trato discriminatorio. En ese sentido, la finalidad se encuentra avocada a garantizar la interdicción de discriminación a nivel de productos. Sin lugar a dudas, el caso paradigmático sucede cuando un país impone derechos arancelarios diferentes a productos similares que provienen de dos países.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> BRAUNER, Yariv: “International Trade and Tax Agreements May be Coordinated, but not Reconciled” *Virginia Tax Review* Op. Cit. pp. 270-272

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> LAL DAS, Bhagirath: *The World Trade Organization. A Guide to the Framework for International Trade* Zed Books Ltd. London, New York, 1999 p. 15 y ss.

Sin perjuicio de lo anterior, un tema que llama la atención es si la obligación de NMF contemplada en el art. I del GATT puede verse afectada por la existencia de un tratamiento disímil en cuanto a la imposición directa de los productores o fabricantes de los productos similares. Sin ánimos de entrar en detalle, la posición mayoritaria de la doctrina es que dicha cláusula se limita únicamente a tutelar la discriminación que puede ser causada por impuestos indirectos que graven la importación o exportación de productos, como los derechos arancelarios, quedando fuera de su órbita aquellas otras diferencias que pueden surgir a nivel de tributos como el impuesto a la renta.<sup>13</sup>

Por tal motivo, también se reconoce ampliamente que la obligación de NMF estipulada en el GATT es indiferente frente a lo establecido por dos países en el marco de un CDI, en la medida éstos tienen como propósito principal la eliminación de la doble imposición internacional que recae sobre dos manifestaciones de riqueza gravadas con impuestos directos como son la renta y el patrimonio.<sup>14</sup>

Por su parte, el GATS recoge una cláusula de NMF, cuyos rasgos esenciales se plasman en el num. 1) del art. II de este acuerdo, por la que se dispone la obligación de cada país miembro a otorgar, inmediata e incondicionalmente, a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro país miembro, un trato no menos favorable que el concedido a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

Como se advierte, en este caso el espectro de la cláusula de NMF es más amplio debido a que no se limita a la discriminación a nivel de servicios sino que, abarca también, el tratamiento dispensado por un país miembro a los proveedores de servicios similares de otros países miembros. En ese

---

<sup>13</sup> Nótese, sin embargo, que el otorgamiento de un régimen fiscal especial para los exportadores en lo que concierne al impuesto a la renta puede calificar como un subsidio y, por ende, ser contrario a los fines que propugna la OMC, como ocurrió en el caso de la legislación estadounidense respecto de las denominadas Empresas de Ventas Extranjeras que contravenía el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC. Al respecto, véase IBAÑEZ, Santiago: "La Competencia Fiscal Perniciosa ante la OMC. Reflexiones al hilo del asunto de las *Foreign Sales Corporations*" *Crónica Tributaria* No. 114, 2004, pp. 42-106; WARREN, Alvin & GRAETZ, Michael: "Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe" *Yale Law Journal*, Vol. 115 April 2006 pp. 1195-1196.

<sup>14</sup> GREEN, Robert: "The Interaction of Tax and Non-Tax Treaties". Reproducido en ARNOLD, Bryan, SASSEVILLE, Jacques & ZOLT, Eric: "Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century." *Canadian Tax Journal* Vol. 50, No. 1, 2002, p. 108; BOUMA, Herman & MASON, Ruth: *Non-Discrimination at the Crossroads of International Taxation*. USA Branch Report IFA 2008 Brussels Congress. pp. 29-30; DÜRRSCHMIDT, Daniel Op. Cit pp. 2-3.

sentido, la cuestión que salta de inmediato es si el tratamiento más favorable otorgado a proveedores de servicios similares, en virtud de un CDI entre dos países, implica que se conculque la cláusula bajo comentario.

Aunque a simple vista la respuesta parece afirmativa, merece subrayarse que el art. XIV del GATS enumera una serie de excepciones a la obligación de NMF, entre las que destaca la diferencia de trato que resulta de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición, siempre que tal diferencia no se aplique en forma que constituya: i) un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares; o, ii) una restricción encubierta del comercio de servicios. Por tanto, las diferencias fiscales que pueden surgir a raíz de un CDI entre dos países miembros tampoco afectaría, en principio, la obligación de NMF del art. II del GATS.<sup>15</sup>

### **3.2 La cláusula en el contexto de los Acuerdos Internacionales de Inversión**

Los AII -celebrados, generalmente, como Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT, por sus siglas en inglés)-<sup>16</sup> también incorporan cláusulas del tipo de NMF que buscan que a los inversionistas extranjeros y/o a sus inversiones no se les otorgue un trato menos favorable que el que se les brinda a los demás inversionistas extranjeros y/o sus inversiones. Estos acuerdos presentan cláusulas de NMF con diversos matices en cuanto a sus alcances -algunas pueden ser más generales, mientras que otras son más restringidas- así como, en cuanto a las condiciones que deben cumplirse para su eficacia, dependiendo del objeto y el propósito del AII que se trate.<sup>17</sup>

Del mismo modo, generalmente los AII incluyen una serie de excepciones que limitan el radio de acción de la obligación de NMF en ciertas áreas que pueden considerarse sensibles o que pueden afectar algunos compromisos asumidos por cada Estado asume frente a otros Estados en sus relaciones

---

<sup>15</sup> GREEN, Robert. Op. Cit. p. 108; BOUMA, Herman & MASON, Ruth. Op. Cit. p. 30-32. Nótese, sin embargo, que el profesor Tulio Rosembuj mantiene una posición antagónica al sostener que el tratamiento fiscal disímil en un CDI entre dos países con relación a terceros países tendría una legitimidad dudosa por lo que vulneraría la referida cláusula del GATS. Véase ROSEMBUJ, Tulio. Op. Cit. pp. 26-28.

<sup>16</sup> Como refiere Dupuy, este tipo de acuerdos también son llamados Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones - APPRI (IPPA, por sus siglas en inglés) o FIPA, como los denominan en Canadá. DUPUY, Jaime. Op. Cit. Nota a pie núm. 1.

<sup>17</sup> HOUDE, Marie-France & PAGANI, Fabrizio: *Most-Favoured-Nation in International Investment Law*. OECD Working Paper on International Investment No. 2004/2; OECD, Paris, September 2004 p. 3.

internacionales, siendo la fiscalidad, uno de los típicos casos de exclusión. En tal sentido, es usual que los AII establezcan taxativamente que sus disposiciones no resultan aplicables a lo pactado en un CDI.<sup>18</sup>

Para entender la funcionalidad de la cláusula de NMF en los AII, podemos remitirnos, a modo de ejemplo, a los que Perú ha suscrito con Canadá y Chile, respectivamente. En ese sentido, el num. 1) del art. 4 del acuerdo con Canadá<sup>19</sup> impone una cláusula de NMF que prescribe que cada parte concederá a los inversionistas de la otra parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea parte en lo referido al establecimiento, adquisición, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio. Una regla similar estipula el num. 2) del art. 4 al ordenar que cada parte concederá a las inversiones cubiertas por el acuerdo un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de un país que no sea parte, en lo referido al establecimiento, adquisición, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.

Sin perjuicio de lo anterior, este acuerdo contempla una serie de excepciones generales, que incumben también a la aplicación de la cláusula de NMF mencionada en el párrafo anterior. En ese sentido, el num. 1) del Artículo 16 del acuerdo establece que, salvo mención expresa, sus disposiciones no se aplicarán a medidas tributarias, precisando que, a fin de lograr una mayor certeza, nada de lo estipulado en el acuerdo afectará los derechos y obligaciones de las partes en virtud de cualquier convenio tributario.

Por su parte, el num. 1) del art. 4 del acuerdo con Chile<sup>20</sup> recoge una cláusula de NMF que establece que cada parte contratante deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante, el cual no será menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionis-

---

<sup>18</sup> UNCTAD: *International Investment Agreements: Key Issues Volume I*. United Nations, New York/Geneva, 2004 p. 193; UNCTAD: *Most-Favoured-Nation Treatment*. United Nations, New York/Geneva 1999 p. 18.

<sup>19</sup> *Acuerdo entre Canadá y la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones*, suscrito el 14 de noviembre de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo No. 038-2007-RE de fecha 19 de junio de 2007.

<sup>20</sup> *Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*, suscrito el 2 de febrero de 2000 y ratificado mediante Decreto Supremo No. 026-2000-RE de fecha 14 de agosto de 2000.

tas efectuadas dentro de su territorio, o aquel otorgado a las inversiones de inversionistas de la nación más favorecida efectuadas dentro de su territorio, si este último tratamiento fuere más favorable.

No obstante, al igual que el anterior, este acuerdo también contempla algunas excepciones. En ese sentido, el num. 2) del art. 4 señala que en caso una parte contratante otorgue ventajas especiales a los inversionistas de cualquier tercer Estado en virtud de un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, o en virtud de un acuerdo destinado a evitar la doble tributación, dicha parte no estará obligada a conceder las referidas ventajas a los inversionistas de la otra parte contratante.

De lo expuesto, tenemos que si bien los principales tipos de acuerdos correspondientes al ámbito del derecho internacional económico incluyen cláusulas de NMF en aras de incentivar el intercambio comercial y de flujos de inversión extranjera, puede afirmarse que tales cláusulas no incumben, por lo general, a lo que dos países hayan acordado en el marco de un CDI, sea porque el objeto de aplicación de la obligación de NMF es limitado (i.e. GATT) o porque dicha posibilidad ha sido excluida de manera taxativa (i.e. GATS y AIs).

#### **4. LA CLÁUSULA DE NMF EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO**

El conjunto de reglas y principios que conforman el “régimen internacional tributario” se basa en la existencia de más de 2,500 CDIs, cuyas disposiciones han sido perfiladas tomando como referencia, en la mayoría de casos, las cláusulas contempladas en el Modelo OCDE,<sup>21</sup> aún cuando alguno de los Estados contratantes no pertenezca a tal organización (i.e. CDI Canadá - Perú) e, incluso, cuando ambos Estados contratantes no sean miembros (i.e. CDI Chile - Perú).

El art. 24 del Modelo OCDE recoge una cláusula de no discriminación fiscal en una serie de situaciones, cuyo estudio particular excedería los fines del presente trabajo. En ese sentido, las siguientes líneas estarán encaminadas a establecer si, en términos generales, el referido art. 24 alberga algún tipo de obligación de NMF.

De acuerdo con Vogel, el art. 24 del Modelo OCDE establece una cláusula

---

<sup>21</sup> Véase AVI-YONAH, Reuven: *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*. University of Michigan Law & Economics, Working Paper No. 07-001 January 2007.

de no discriminación en función de cuatro criterios específicos, respecto de los cuales, no puede usarse la legislación fiscal de un Estado contratante con fines discriminatorios. Estos criterios son: i) la nacionalidad del contribuyente -art. 24(1) y art. 24(2)-; ii) el establecimiento permanente mantenido dentro de su territorio por un no residente -art. 24(3)-; iii) el pago de intereses, regalías y otras contraprestaciones a un beneficiario no residente -art. 24(4)-; y, iv) la tenencia de acciones en una empresa residente por parte de un no residente -art. 24(5)-<sup>22</sup> Para fines de nuestro trabajo interesa, particularmente, el último de los supuestos, debido a que el art. 24(5) del Modelo OCDE contiene un supuesto similar al del art. 24(4) de los CDIs con Canadá y Chile.

Ahora bien, sin perjuicio del análisis que efectuamos en el siguiente punto, debe señalarse que ninguna cláusula del Modelo OCDE contempla, de manera implícita o explícita, algún tipo de obligación de NMF. En efecto, el párrafo 55 de los Comentarios al artículo 24 del Modelo OCDE de 1977 ya señalaba que siempre se había aceptado que la cláusula de NMF incluida en algunos acuerdos internacionales no resultaba aplicable a los CDIs porque éstos se basaban en el principio de reciprocidad. Aparentemente, este consenso sobre la incompatibilidad de la cláusula de NMF con la dinámica propia de un CDI provocó que el Comité de Asuntos Fiscales elimine el referido párrafo de los Comentarios al art. 24, con ocasión de la revisión del Modelo OCDE efectuada en 1992.<sup>23</sup>

Asimismo, la doctrina conviene en que los CDIs no albergan una obligación de NMF porque resultaría incompatible con su naturaleza bilateral y el principio de reciprocidad consustancial a este tipo de tratados.<sup>24</sup> En ese sentido, a diferencia del multilateralismo que configura la pauta a seguir en el sistema del comercio internacional, se considera que las diferencias en los regímenes fiscales y el celo con el que los países protegen su soberanía fiscal explica, si no es que justifica, que el bilateralismo se mantenga como la norma en el contexto de la fiscalidad internacional actual.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> VOGEL, Klaus: *On double Taxation Conventions. A commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and capital with special reference to Germany Treaty practice*. Kluwer Law International, Deventer/London, 1997, pp. 1279-1280.

<sup>23</sup> OECD: *Model Tax Convention on Income and Capital* OECD, Paris, April 2005 Vol. I Commentary on Article 24 - History.

<sup>24</sup> AVI-YONAH, Reuven: *Double Tax Treaties: An Introduction*. Working Paper 2007 p. 15; RIXEN, Thomas: *Why Bilateralism? Cooperation in International Double Taxation Avoidance*. Paper Second Open Graduate Student Conference, International University Bremen, Oct 22 - 24, 2004 p. 22.

<sup>25</sup> SASSEVILLE, Jacques: "The Role of Tax Treaties in the 21st Century" Reproducido en ARNOLD, Bryan, SASSEVILLE, Jacques & ZOLT, Eric: "Summary of the Proceedings of an Invitational Seminar on Tax Treaties in the 21st Century" *Canadian Tax Journal*

Del mismo modo, existe una justificación económica sobre la incompatibilidad del bilateralismo que impregna la lógica de un CDI y la dinámica propia de una obligación de NMF. Como explican los profesores Avi-Yonah y Slemrod, los CDIs procuran, generalmente, que los ingresos se desplacen desde el Estado de la fuente hacia el Estado de residencia, para lo cual recurren a la reducción de la imposición en fuente. En buena cuenta, esto sería aceptable si dicha reducción fuera recíproca y los flujos de capital de ambos lados fueran similares, como puede ocurrir entre países desarrollados. En tal sentido, es de esperar que un CDI no establezca per se una cláusula de NMF porque los Estados contratantes no desearían extender un beneficio similar (i.e. reducción de imposición en fuente) a situaciones en las que no pueda presentarse el balance necesario entre los flujos de capital. De lo contrario, el resultando neto final sería una pérdida de recaudación porque tal beneficio no se vería acompañado, simultáneamente, de un incremento en la imposición basada en residencia.<sup>26</sup>

Como quiera, merece destacarse que, en febrero de 2005, el Centro de Política y Administración Fiscal de OCDE trajo a colación el tema en una nota preparada para el Grupo de Trabajo No. 1 del Comité de Asuntos Fiscales -encargado de la revisión y actualización del Modelo OCDE y sus Comentarios- al advertir que algunos expertos en materia de comercio internacional e inversión extranjera habían manifestado su preocupación por el uso de la tributación como forma encubierta de discriminación, así como también, por estimar que la cláusula de no-discriminación contenida en los CDIs vigentes no constituía un mecanismo adecuado para enfrentar esta situación.<sup>27</sup>

Por tal motivo, el tema es tocado directamente en la revisión de los Comentarios al artículo 24 del Modelo OCDE que vienen realizando actualmente los funcionarios del Grupo de Trabajo No. 1. Así, en mayo de 2007, se publicó el documento titulado *Aplicación e Interpretación del Artículo 24 (No Discriminación): Borrador de Discusión* que, entre otros aspectos, menciona que el artículo 24 no busca asegurar el denominado tratamiento de NMF, por lo que se ha sugerido que esto podría ser reconocido mediante una referencia al principio de reciprocidad en los Comentarios pertinentes. En ese sentido, el documento ha propuesto incluir, como párrafo 1.1 de una nueva introducción de los Comentarios al artículo 24 del Modelo OCDE, el siguiente texto:<sup>28</sup>

---

Vol. 50, No. 1, 2002, p. 94.

<sup>26</sup> AVI-YONAH, Reuven & SLEMROD, Joel: *(How) Should trade agreements deal with income tax issues?* John M. Olin Center for Law & Economics Paper No. 001-08 September 2001pp.19-20.

<sup>27</sup> OECD: *Taxation and Non-Discrimination* OECD, Paris, February 2005 p. 4.

<sup>28</sup> OECD: *Application and Interpretation of Article 24 (Non-Discrimination)*. Public

*“Asimismo, las reglas del artículo no pueden interpretarse como si requirieran el trato de nación-más-favorecida. Cuando un Estado ha celebrado un acuerdo bilateral o multilateral que contempla beneficios fiscales a los nacionales o residentes del otro Estado contratante que es parte del acuerdo, los nacionales o residentes de un tercer Estado que no es un Estado contratante del tratado, no pueden exigir tales beneficios por razón de una cláusula similar a la de no-discriminación en el convenio para evitar la doble imposición entre el tercer Estado y el Estado mencionado en primer lugar. En la medida que los convenios fiscales se basan en el principio de reciprocidad, el tratamiento tributario que es otorgado por un Estado contratante bajo un acuerdo bilateral o multilateral al residente o nacional del otro Estado contratante, que es parte de dicho acuerdo por motivo de la relación económica particular entre aquellos Estados Contratantes, no podrán extenderse al residente o nacional de un tercer Estado bajo la cláusula de no discriminación entre el primer Estado y el tercer Estado.”*

En consecuencia, aún cuando la práctica del Comité de Asuntos Fiscales de preferir la modificación de los Comentarios antes que introducir algún cambio en los artículos del Modelo OCDE ha sido objeto de diversas críticas,<sup>29</sup> debe reconocerse que, por lo menos, en lo que concierne a la posible incorporación del nuevo párrafo precitado, no se haría más que aclarar o precisar una situación que durante décadas se ha dado por sentada y respecto de la cual la doctrina es pacífica, conforme hemos visto anteriormente.

Ahora bien, si el art. 24 del Modelo OCDE no recoge una cláusula implícita de NMF porque se vulneraría el principio de reciprocidad que se encuentra en la esencia de todo CDI bilateral, la pregunta es qué ocurre entonces con el art. 24(4) de los CDIs con Chile y Canadá.

## **5. EL SUPUESTO DEL ART. 24(4) DE LOS CDIS CON CANADÁ Y CHILE**

Conforme advertimos al inicio del presente trabajo, la Comisión del Congreso sostiene que el principio de no discriminación contemplado en el art.

---

*Discussion Draft.* OECD, Paris, 3 May 2007 pp.4-6.

<sup>29</sup> Sobre los problemas que acarrea esta práctica, véase MARTÍN JIMENEZ, Adolfo: “The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries?” *Bulletin for International Fiscal Documentation* No. 1 2004 pp.17-30; VOGEL, Klaus: “The Influence of OECD Commentaries on Treaty Interpretation” *Bulletin for International Fiscal Documentation*. No. 12 2000 pp. 612-616.

24(4) bastaría para que una persona residente en Chile o Canadá pueda reclamar el trato más favorable que fuera concedido a una persona residente en un tercer Estado en virtud de un CDI posterior suscrito por el Perú. De esta manera, la Comisión considera que el art. 24(4) contiene implícitamente una obligación de NMF, lo que queda corroborado en la transcripción de la sesión de la Comisión realizada el 11 de junio de 2007, en la que se aprecia que, durante la discusión sobre la aprobación del CDI con España, se usó indistintamente la expresión “nación más favorecida” y “no discriminación”.

En ese sentido, la cuestión pasa ahora por delimitar el alcance real del supuesto regulado por el artículo 24(4) de los CDIs con Canadá y Chile, cuyo texto establece lo siguiente:

*“Las empresas de un Estado Contratante y cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado Contratante no estarán sometidas en el primer Estado a ninguna imposición u obligación relativa al mismo que no se exijan o sean más gravosas que aquellas a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares residentes del primer Estado cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes de un tercer Estado”.*

Al respecto, debemos comenzar por indicar que el referido art. 24(4) reproduce el texto del art. 24(5) del Modelo OCDE, salvo el extremo subrayado que ha sido añadido en los CDIs suscritos por Perú. Sin perjuicio de este matiz, resulta pertinente lo apuntado por García Prats cuando, aludiendo al artículo del Modelo OCDE, sostiene que el tratamiento discriminatorio prohibido por esta cláusula -a la que denomina “cláusula de la filial- no es otro que la discriminación de algunas empresas residentes en atención a su accionariado. En ese sentido, el trato discriminatorio prohibido es el que se refiere a las filiales (ambas residentes), sin quedar condicionado el trato discriminatorio de las matrices.<sup>30</sup>

En ese sentido, la Comisión incurre en un error de interpretación, debido a que la finalidad del art. 24(4) no es otra que evitar que la empresa “A” residente en Perú, cuyos accionistas son residentes en Chile o Canadá, tenga que recibir un trato impositivo más oneroso que la empresa “B”, también residente en Perú, pero cuyos accionistas son residentes de un

---

<sup>30</sup> GARCÍA PRATS, Francisco: *La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional*. En AAVV: *Fiscalidad Internacional*. (Dir. Fernando Serrano Antón) Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005 pp. 944-945.

tercer Estado. En otras palabras, lo que busca tutelarse es que la subsidiaria peruana, controlada por un inversionista chileno o canadiense, no se vea en una situación más gravosa que otra subsidiaria peruana que es controlada por inversionistas de un tercer país, aboliéndose así la posibilidad de discriminación fiscal entre subsidiarias residentes en el Perú que son controladas por residentes del exterior, pero no la discriminación que podría presentarse entre extranjeros.

Por tanto, no se explica cómo puede un inversionista chileno o canadiense reclamar la extensión del régimen fiscal estipulado en el CDI cuando, como vemos, no existe relación alguna entre las consecuencias jurídicas del supuesto del art. 24(4) y los efectos propios que se derivan de una cláusula de NMF. Dicho esto, la última cuestión que resta es definir si el CDI con España podría tener alguna incidencia sobre los CDIs con Canadá y Chile. Como se verá en los puntos siguientes, la respuesta es mixta ya que dependerá del tratamiento de cada renta pasiva en particular. En todo caso, lo que queda fuera de toda duda es que la causa de tal incidencia debe buscarse en otro dispositivo de los CDIs antes mencionados y no en el art. 24(4).

## **6. LA CLÁUSULA DE NMF Y LAS RENTAS PASIVAS EN LOS CDIS SUSCRITOS CON CANADÁ Y CHILE**

Si bien la obligación de NMF no se condice con la naturaleza bilateral de un CDI, esto no impide que algunas cláusulas de este tipo sean introducidas cuando dos Estados negocian la celebración de un CDI. En efecto, en los últimos años se observa cierta tendencia a la inserción de cláusulas de NMF en los CDIs, principalmente, cuando uno de los Estados contratantes es un país desarrollado y el otro es un país en desarrollo.

Al respecto, se ha sugerido que esta práctica tendría un doble propósito. El primero sería garantizar al país al que se le otorga la cláusula de NMF que no será objeto de trato discriminatorio en comparación con terceros países con los que pueda negociarse un CDI en el futuro que les ofreciera mejor trato debido por un cambio de política fiscal en materia de CDI (i.e. alícuotas de retención en la fuente menores), porque tienen mejores habilidades para negociar (i.e. recursos humanos capacitados) o porque poseen una mejor posición para entrar a la negociación de este tipo de tratados (i.e. socio comercial importante). El segundo, desde un punto de vista práctico, sería asegurar la extensión de ciertos aspectos del CDI a fin de incluir cualquier beneficio fiscal acordado con terceros países, sin necesidad de recurrir a un nuevo proceso de negociación del CDI vigente entre

ambos Estados contratantes.<sup>31</sup>

Por otro lado, algunos han advertido que la inclusión de una cláusula de NMF en el ámbito de un CDI restringe las posibilidades de negociación de los países en desarrollo frente a los países desarrollados, debido a que los últimos proponen, usualmente, la conclusión de CDIs con menores tasas de retención en fuente o que ciertas rentas obtenidas por sus residentes no sean gravadas en el otro Estado contratante.<sup>32</sup>

Sin perjuicio de la idoneidad de insertar este tipo de cláusulas en un CDI, lo cierto es que cuando son incorporadas, esto se perfecciona generalmente a través de los Protocolos que forman parte integrante de un CDI, como ocurre, precisamente, con el Protocolo que acompaña a los CDIs con Canadá y Chile, respectivamente, donde se ha contemplado una cláusula de NMF con ámbitos de aplicación y condiciones diferentes. A fin de comprender el funcionamiento de esta cláusula y cuáles podrían ser las consecuencias que desencadenaría en el hipotético caso que el CDI con España fuera aprobado, es necesario que, como primer paso, se revise el tratamiento fiscal de las rentas pasivas fijado en el marco de los CDIs con Canadá y Chile.

### **6.1 Tratamiento de las rentas pasivas en el CDI con Canadá**

Históricamente, los países desarrollados y los países en desarrollo han adoptado posiciones disímiles con relación al Estado competente para gravar las rentas pasivas que, por lo general, se encuentran contempladas en los art. 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) de un CDI. En efecto, mientras que los primeros han preferido la tributación exclusiva en el Estado de residencia (i.e. Estado del inversor), los últimos se han inclinado por la tributación exclusiva en el Estado de la fuente (i.e. Estado del pagador) debido a su condición de países importadores de capital. En todo caso, el Modelo OCDE consagra una suerte de compromiso respecto a los dividendos e intereses, tanto permite la imposición compartida de este tipo de rendimientos, mediante el reconocimiento de la competencia fiscal del Estado de la fuente para gravarlos, aunque de manera limitada.

En efecto, en lo que se refiere a dividendos, el art. 10(2) de los CDIs que siguen el Modelo OCDE, contemplan niveles máximos de imposición en fuente, dependiendo si el porcentaje de acciones que originan los dividen-

---

<sup>31</sup> ESCOBAR, Leopoldo: "MFN clause activated in Spain - Venezuela Tax Treaty" *Tax Notes International* December 11, 2006 p. 846.

<sup>32</sup> FIGUEROA, Antonio: "International Double Taxation: General Reflections on Jurisdictional Principles, Model Tax Conventions and Argentina's Experience" *Bulletin for International Fiscal Documentation* Vol. 59 No. 5, 2005 p.393.

dos califica como “inversión directa” (*direct investment*) o “inversión de cartera” (*portfolio investment*). El primer caso se presenta cuando el accionista posee, directa o indirectamente, un grado de participación suficiente como para influir en las actividades de la sociedad, mientras que dicha participación es relativa o marginal en el segundo caso.<sup>33</sup>

De esta manera, los dividendos pagados por “inversiones directas” son gravados con una tasa menor a la de los que provienen de “inversiones de cartera”, a fin de evitar un efecto cascada (i.e. gravamen a nivel de sociedad y a nivel del accionista, simultáneamente) que podría afectar el flujo internacional de inversiones.<sup>34</sup> Esto se aprecia en el art. 10(2) del CDI con Canadá, en la medida que los dividendos de “inversiones directas” se encuentran gravados con una tasa máxima de retención en fuente del 10%, mientras que los derivados de “inversiones de portafolio” se encuentran sujetos a una tasa máxima de retención en fuente de 15%.<sup>35</sup>

En lo que concierne a los intereses, el art. 11(2) del CDI con Canadá prescribe que los intereses pagados al beneficiario efectivo que resida en el otro Estado contratante pueden ser gravados hasta con una tasa máxima de retención en fuente de 15%.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con los dividendos e intereses, el art. 12 del Modelo OCDE establece que las regalías sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del beneficiario efectivo de este tipo de rendimientos. La práctica convencional demuestra, sin embargo, que muchos CDIs vigentes adoptan la tributación compartida de las regalías, con tasas de retención en fuente limitadas. Pues bien, el art. 12(2) del CDI con Canadá se aparta del Modelo OCDE para establecer que las regalías que se paguen al beneficiario efectivo que resida en el otro Estado contratante pueden ser gravadas con una tasa máxima de retención en fuente de 15%.

### 6.1.1. Alcances de la Cláusula de NMF en el CDI con Canadá

Revisado el tratamiento de las rentas pasivas del CDI con Canadá, toca

---

<sup>33</sup> VANN, Richard: *International Aspects of International Taxation En: Tax Law Design and Drafting* Vol. 2. Chapter 18. International Monetary Fund. Washington, 1998 p. 49.

<sup>34</sup> XAVIER, Alberto: *Derecho tributario internacional. Conceptos fundamentales*. Editorial Ábaco Buenos Aires. 2005 p. 372.

<sup>35</sup> Nótese que, de conformidad con el inc. a) del art. 10(2) del CDI con Canadá, se entiende que existe “inversión directa” cuando el beneficiario efectivo es una sociedad que controla directa o indirectamente no menos del 10 % de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos.

ahora analizar los alcances de la cláusula de NMF que contempla el apartado 3 del Protocolo del referido CDI. En primer lugar, debe señalarse que respecto del objeto regulado, dicha obligación alcanza a dividendos, intereses y regalías, respectivamente. Del mismo modo, esta cláusula de NMF es unilateral debido a que sus efectos dependen que Perú -y no Canadá- suscriba un CDI posterior con un tercer país en el que se pacten tasas máximas de retención en fuente inferiores para las rentas pasivas en cuestión. Por último, la cláusula de NMF introduce un requisito especial, al exigir que el tercer país con el que Perú suscriba el CDI pertinente sea miembro de la OCDE.<sup>36</sup>

Ahora bien, respecto de los dividendos, la cláusula de NMF se circunscribe a los dividendos de “inversiones directas”. Así, se establece que si la tasa acordada por Perú para este tipo de dividendos es menor a 10%, entonces

---

<sup>36</sup> El texto del apartado 3 del Protocolo del CDI con Canadá establece lo siguiente:

“3. Si en virtud, de un acuerdo o convenio celebrado con un país que es un miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en una fecha posterior a aquella en la que se firma el Convenio, Perú acuerda:

- (a) con referencia al subpárrafo (a) del párrafo 2 del artículo 10, a una tasa de impuestos sobre dividendos que sea menor del 10 por ciento, se aplicará automáticamente la mayor entre dicha nueva tasa y una tasa del 5 por ciento, para los propósitos de este subpárrafo, así como para el párrafo 6 de aquel mismo artículo;
- (b) con referencia al párrafo 2 del artículo 11, a una tasa de impuestos en intereses que sea inferior al 15 por ciento, se aplicará automáticamente la mayor entre dicha nueva tasa y una tasa del 10 por ciento, para los propósitos de este párrafo; y,
- (c) con referencia al párrafo 2 del artículo 12, a una tasa de impuestos en regalías referidas en aquel párrafo que sea inferior al 15 por ciento, lo siguiente debe aplicarse para los fines de ese párrafo:
  - (i) En la medida en que tal tasa más baja se aplique a:
    - (a) derechos de autor y otros pagos similares respecto a la producción o reproducción de cualquier obra literaria, dramática, musical u otras obras artísticas (pero no incluye las regalías referentes a películas cinematográficas, ni obras grabadas en películas o cintas en otros medios de reproducción destinados a la televisión); o
    - (b) regalías por el uso o el derecho de uso de programas de computación o cualquier patente o por información relacionada con experiencia industrial, comercial o científica (con exclusión de aquella información proporcionada en conexión con un convenio de arrendamiento o concesión) esa tasa menor se aplicará automáticamente en circunstancias similares.
  - (ii) En la medida en que tal tasa menor se aplique a otras regalías referidas en aquel párrafo, debe aplicarse automáticamente la mayor entre dicha tasa menor y la tasa del 10 por ciento, en circunstancias similares.”

será aplicable automáticamente la mayor entre dicha nueva tasa y una tasa del 5%. Asimismo, se establece que si la tasa acordada por Perú para los intereses es inferior a 15%, entonces será aplicable automáticamente la mayor entre dicha nueva tasa y una tasa del 10%. Finalmente, se disponen consecuencias diversas si la tasa acordada por Perú para las regalías es inferior a 15%, dependiendo del bien o derecho que genere esta clase de rendimientos.

En ese sentido, esa menor tasa se aplicará automáticamente, en circunstancias similares, cuando las regalías se traten de:

derechos de autor y otros pagos similares respecto a la producción o reproducción de cualquier obra literaria, dramática, musical u otras obras artísticas (excluyendo las regalías referentes a películas cinematográficas, obras grabadas en películas o cintas en otros medios de reproducción destinados a la televisión); o

regalías por el uso o el derecho de uso de programas de computación o cualquier patente o por información relacionada con experiencia industrial, comercial o científica (excluyendo la información proporcionada en conexión con un convenio de arrendamiento o concesión).

Sin embargo, si se trata de otra clase de regalías a las que se refiere el art. 12 del CDI, resultará aplicable automáticamente la mayor entre la menor tasa pactada y una tasa de 10%, en circunstancias similares. En ese sentido, atendiendo a que el art. 12(3) del CDI establece una definición de regalías, entre estos casos se encontrarían, por ejemplo, los pagos por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos.

### **6.1.2. Incidencia del CDI con España en las rentas pasivas del CDI con Canadá**

En principio, si el CDI con España fuera aprobado, ciertas condiciones de la cláusula de NMF del Protocolo del CDI con Canadá se cumplirían, aunque no todos los supuestos de rentas pasivas serían afectados en la misma magnitud. En efecto, queda claro que el requisito sobre la calidad que debe poseer el tercer país con el que Perú debe suscribir un CDI se cumpliría porque España pertenece a la OCDE.

Ahora bien, en el caso de dividendos, la tasa máxima acordada en el CDI con España es menor a la del CDI con Canadá. En efecto, el art. 10(2) del CDI con España fija una tasa máxima de retención en fuente sobre dividendos equivalente a 5%, sin que sea relevante si la participación que califica como “inversión directa” o “inversión de portafolio”. En ese sentido, la nueva tasa máxima de retención para los dividendos de “inversio-

nes directas” en el CDI con Canadá bajaría de 10% a 5%. No obstante, la tasa máxima de retención vigente para los dividendos de “inversiones de portafolio” que es igual a 15% continuaría invariable.

Del mismo modo, en el caso de intereses, la tasa máxima acordada en el CDI con España es inferior a la del CDI con Canadá. En efecto, el art. 11(2) del CDI con España estipula una tasa máxima de retención en fuente sobre intereses igual a 5%. Por ende, la tasa máxima de retención en fuente para los intereses en el CDI con Canadá descendería de 15% a 10%.

Por último, en el caso de las regalías, la tasa máxima acordada en el CDI con España no es inferior a la del CDI con Canadá. Por el contrario, si bien el art. 12(2) del CDI con España contempla una tasa máxima de retención de 15%, dicha tasa sería mayor durante los cuatro primeros años de vigencia del referido CDI, debido a que el apartado VI del Protocolo del CDI con España, establece que la tasa máxima que disminuiría progresivamente, de la siguiente manera: primer año: 30%; segundo año: 26%; tercer año: 22%; cuarto año: 18%; quinto año: 15%. En consecuencia, el tratamiento fiscal de las regalías actualmente previsto en el CDI con Canadá seguiría siendo el mismo.

## **6.2 Tratamiento de las rentas pasivas en el CDI con Chile**

Respecto del CDI con Chile, debe señalarse que el régimen fiscal de las rentas pasivas es sustancialmente similar al del CDI con Canadá. En efecto, el art. 10(2) del CDI con Chile dispone que los dividendos derivados de “inversiones directas” se encuentran gravados en fuente con una tasa máxima de 10%, mientras que los dividendos derivados de “inversiones de portafolio” se sujetan a una tasa máxima de retención en fuente de 15%.<sup>37</sup> Por su parte, el art. 11(2) del CDI con Chile prescribe que los intereses pagados a un residente del otro Estado contratante que se reputa como su beneficiario efectivo, podrán ser gravados en fuente con una tasa máxima de 15%. Finalmente, el art. 12(2) del CDI con Chile establece que las regalías pagadas a un residente del otro Estado contratante que califique como su beneficiario efectivo, podrán ser gravadas en fuente hasta con una tasa máxima de 15%.

### **6.2.1. Alcances de la cláusula de NMF: el apartado 3 del Protocolo**

A diferencia del CDI con Canadá, la cláusula de NMF que establece el apar-

---

<sup>37</sup> Nótese que, de conformidad con el inc. a) del art. 10(2) del CDI con Chile, se entiende que existe “inversión directa” cuando el beneficiario efectivo es una sociedad que controla directa o indirectamente no menos del 25 % de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos.

tado 3 del Protocolo del CDI con Chile recae exclusivamente sobre las regalías. En ese sentido, el régimen fiscal de los dividendos e intereses del CDI con Chile es impermeable frente a cualquier beneficio o ventaja fiscal que pudiera acordarse con terceros países en otro CDI. Asimismo, esta cláusula de NMF presenta una serie de condiciones con ciertas características particulares.<sup>38</sup>

En efecto, la primera condición para que dicha cláusula surta efectos es que Chile y Perú acuerden con un tercer Estado una tasa máxima de retención en fuente sobre regalías inferior. Nótese, sin embargo, que en este caso no se especifica si dicho tercer Estado debe pertenecer a determinada región geográfica, bloque económico u organización internacional (i.e. OCDE). Del mismo modo, en este caso la cláusula de NMF no depende únicamente de lo que pueda acordar en el futuro uno de los Estados contratantes, sino más bien, ambos Estados contratantes, sea que ocurra de manera simultánea o en momentos distintos, así como también, que el CDI se suscriba con el mismo tercer Estado o con dos Estados diferentes.

Por otro lado, existen algunos aspectos temporales con relación a la eficacia de la cláusula de NMF. En efecto, si bien se ha dispuesto que su aplicación sea automáticamente, se ha precisado también que sólo podrá surtir efectos después de cinco años, computados desde la entrada en vigencia del CDI con Chile. En ese sentido, nótese que según el art. 29 del CDI con Chile, la entrada en vigor corresponde a la fecha de recepción de la última notificación en la que se comunica que cada Estado contratante ha cumplido con los procedimientos exigidos en su legislación interna para la entrada en vigor de este tipo de tratados. Pues bien, dicho momento se verificó el 13 de noviembre de 2003, por lo que el plazo de cinco años estaría próximo a expirar el 13 de noviembre de 2008.

Finalmente, debe entenderse que Chile o Perú concluyen un CDI con un tercer Estado sólo cuando el referido CDI entra en vigencia. Por ende, no

<sup>38</sup> El texto del apartado 3 del Protocolo del CDI con Chile establece lo siguiente:

*“3. Si Chile y Perú, concluyen después de la entrada en vigencia del presente Convenio, un Convenio con un tercer Estado por el que acuerden una tasa de impuesto sobre regalías que sea menor a la dispuesta en el presente ente Convenio, la "menor tasa" se aplicará para los propósitos del párrafo 2 del Artículo 12 en forma automática, a los efectos del presente Convenio y en los términos señalados en el Convenio con ese tercer Estado, una vez transcurrido un plazo de cinco años contados desde la entrada en vigencia del presente Convenio. Esa "menor tasa" no podrá, en ningún caso, ser inferior a la tasa mayor entre la tasa menor suscrita por Chile y la tasa menor suscrita por Perú con terceros Estados.*

*Para los efectos de esta disposición, se entiende que Chile o Perú concluye un Convenio con un tercer Estado cuando dicho Convenio ha entrado en vigencia.”*

basta con que el CDI haya sido suscrito por las autoridades competentes de los Estados contratantes, sino que es requisito esencial que éste haya entrado en vigor, de conformidad con las normas que sobre la materia contemple el propio CDI.

### **6.2.2. Incidencia del CDI con España en las rentas pasivas del CDI con Chile**

De lo expuesto, se advierte que la aprobación del CDI con España no afectaría la cláusula de NMF estipulada en el Protocolo del CDI con Chile debido a que la tasa máxima de retención en fuente para regalías convenida con España no es inferior a la tasa máxima acordada con Chile. En ese sentido, no se verificaría una de las condiciones que deben observarse para que la cláusula en cuestión surta efectos -por lo menos, no desde el lado de Perú-. Consecuentemente, el régimen impositivo de las rentas pasivas pactado en el marco del CDI con Chile tampoco se vería modificado.

Sin perjuicio de ello, debe llamarse la atención que, desde el lado de Chile, ya se habrían configurado las condiciones que se exigen para la eficacia de la cláusula de NMF. Al respecto, debe señalarse que, a diferencia de la política fiscal internacional peruana, el país del Sur ha suscrito sendos CDIs con terceros países que van de la mano con su política de apertura comercial de los últimos años. En ese sentido, una tasa máxima de retención en fuente para regalías inferior ha sido pactada en el CDI celebrado, casualmente, por Chile y España, el cual entró en vigor el 22 de diciembre de 2003, apenas un mes después de la vigencia del CDI Perú - Canadá. Ahora bien, según el art. 12(2) del CDI Chile - España, las tasas máximas de retención en fuente sobre regalías son las siguientes:

5 % para los cánones o regalías pagados por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos; y,

10 % para los cánones o regalías en todos los demás casos.

Por tanto, al haber pactado Chile con un tercer país una tasa máxima sobre regalías inferior a 15%, sólo faltaría que Perú suscriba un CDI con cualquier país en el que también pacte una menor tasa de retención en fuente para que dicho beneficio se haga extensivo a las regalías que actualmente se pagan a sus beneficiarios efectivos residentes en Chile y Perú, respectivamente.

En consecuencia, sin perjuicio del debate en torno a si conviene mantener alícuotas altas para gravar en fuente esta clase de rendimientos en un país que adolece de un considerable déficit de tecnología, resulta claro que dependerá de lo que acuerden las autoridades competentes peruanas con

un tercer país para que se active la cláusula de NMF estipulada en el Protocolo del CDI con Chile. Por lo pronto, resta mencionar que tal situación no sucedería si el CDI con Brasil llegará a ser aprobado por el Congreso, debido a que se ha fijado una tasa máxima igual a la del CDI con Chile. Sin embargo, no podemos descartar dicha posibilidad en los subsiguientes CDIs que sean suscritos por Perú, más aún, si se atiende a que, de acuerdo con información publicada por el Ministerio de Economía y Finanzas, actualmente se vienen negociando CDIs con Francia, Italia, Reino Unido, Suecia, Suiza y Tailandia.<sup>39</sup>

## 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo expuesto, puede concluirse que la cláusula de no discriminación contenida en el art. 24 de los CDIs que siguen el Modelo OCDE no incorpora, explícita ni implícitamente, obligación de NMF alguna, debido a que tal obligación no se condice con el principio de reciprocidad inherente a todo CDI por su carácter bilateral. Por tanto, el art. 24(4) de los CDIs con Canadá y Chile, respectivamente, no puede ser invocado para extender los beneficios o ventajas fiscales que puedan acordarse en los CDIs que suscriba posteriormente el Perú con terceros países.

Por otro lado, aunque aún resulte excepcional, una cláusula de NMF puede ser incluida en un CDI, como ocurre con el apartado 3 del Protocolo del CDI con Canadá con relación al régimen fiscal de los dividendos, intereses y regalías y el apartado 3 del Protocolo del CDI con Chile, respecto del tratamiento de las regalías. En este caso podrán hacerse extensivos los beneficios o ventajas fiscales que pacte Perú en un CDI posterior con un tercer país, aunque los alcances de tales beneficios dependerán de lo que se pacte sobre cada tipo de renta pasiva en particular.

Finalmente, la única recomendación que queda por hacer es simplemente exhortar a las autoridades correspondientes a fin de que eviten incurrir en confusiones innecesarias, en la medida que una interpretación como la efectuada en el caso del art. 24(4) mencionado, no contribuye en absoluto a cimentar las bases para el análisis serio y cuidadoso que merece y exige una materia que, sin duda, por su naturaleza y novedad en nuestro país, ya es bastante compleja.

---

<sup>39</sup> Al respecto, véase la información que aparece en:

[http://www.mef.gob.pe/ESPEC/Convenios\\_DT2.php](http://www.mef.gob.pe/ESPEC/Convenios_DT2.php) (Última visita Febrero 22, 2008)