



Contabilidad y Negocios

ISSN: 1992-1896

revistacontabilidadynegocios@pucp.edu.pe

Departamento Académico de Ciencias

Administrativas

Perú

Villagra Cayamana, Renée Antonieta; Villagra Cayamana, Jorge Antonio
Cláusula de la nación más favorecida en los CDI: herramienta para la potencial disminución de las
retenciones del impuesto a la renta aplicables a Chile y Canadá
Contabilidad y Negocios, vol. 8, núm. 15, 2013, pp. 15-32
Departamento Académico de Ciencias Administrativas
Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281628809003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Cláusula de la nación más favorecida en los CDI: herramienta para la potencial disminución de las retenciones del impuesto a la renta aplicables a Chile y Canadá

The most-favoured-nation clause in tax treaties: tool for potential reduction of withholding income tax applicable to Chile and Canada

Renée Antonieta Villagra Cayamana y Jorge Antonio Villagra Cayamana

Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho

Ernst & Young, Perú
Tax Services

Resumen

Los convenios para evitar la doble imposición (CDI) que suscribe un Estado tienen efecto en el futuro. Sin embargo, también pueden modificar los términos de los convenios ya vigentes, en la medida que estos últimos contengan cláusulas de la nación más favorecida.

En tal sentido, los contribuyentes y en particular el sector empresarial, así como la Administración Tributaria, tienen que estar alertas respecto a las potenciales modificaciones de los términos de los CDI vigentes en el Perú. En particular, se debe tener en cuenta la tasa de retención de regalías contenida en el CDI con Chile y las tasas de dividendos, intereses y regalías contenidas en el CDI con Canadá, debido a que, para tales tipos de rentas, ambos convenios incluyen cláusulas de la nación más favorecida.

El Ministerio de Economía, como ente encargado de la negociación de CDI bilaterales —en virtud del decreto ley 25883— tiene la responsabilidad de negociar futuros CDI. Ello debe realizarse con el conocimiento pleno de que los términos por pactarse no solo repercutirán para el futuro, sino que pueden significar disminución de tasas de retención del impuesto a la renta respecto a CDI preexistentes ya vigentes, en función de las cláusulas de la nación más favorecida.

Palabras clave: impuesto a la renta, convenios para evitar la doble imposición, regalías, intereses.

Abstract

Tax treaties to avoid the double taxation signed by a country have consequences for the future, but they can also modify the terms of treaties that are already in force, in case these contain most-favoured-nation clauses.

In this line, taxpayers and companies, particularly, as well as the Tax Administration must be alert, regarding to potential modifications of the terms of the Peruvian tax treaties already in force; mainly about the withholding tax rate applied to royalties in the Convention subscribed with Chile and the withholding tax rates applied to dividends, interests and royalties in the Convention subscribed with Canada, taking into account that both of the mentioned tax treaties contain most-favoured-nation clauses for those kind of income.

The Ministry of Economy, as the entity in charge of negotiations of the bilateral conventions, according to Law Decree 25883, has the responsibility of negotiating future treaties with full knowledge that the terms to be included could also cause the effect to decrease the withholding tax rates of the income tax in respect to conventions already in effect, as a consequence of the most-favoured-nation clause they contain.

Keywords: income tax, tax treaties, royalties, interest.

1. Introducción

La doble o múltiple tributación se presenta cuando dos o más países consideran que tienen jurisdicción tributaria sobre determinada renta, lo cual implica que les correspondería gravar a esta. Ello ocasiona lo que se conoce como conflictos de jurisdicción. En efecto, una misma ganancia puede resultar alcanzada por el poder impositivo de más de un Estado. A su vez, la doble imposición puede ser jurídica o económica.

Los países con sistema de renta de fuente mundial —como el nuestro—, de manera unilateral y a través de su legislación interna, establecen mecanismos para eliminar o atenuar la doble imposición jurídica. Tal es el caso del crédito por impuesto pagado en el extranjero reconocido en el Perú¹. No obstante, unilateralmente no es posible solucionar la doble imposición internacional que se origina en los ajustes de precios de transferencia. Ante tal escenario, los Estados celebran convenios para evitar la doble imposición (CDI, en adelante) para acordar las reglas que aplicarán respecto a las rentas en las que dos Estados consideran que tienen derecho a gravar (Villagra, 2008).

En general, un CDI establece la base jurisdiccional de imposición. Esta recae principalmente en dos principios: el primero está relacionado con la *fuente* de la renta o el sitio de desarrollo de la actividad económica; y, el segundo está relacionado con la residencia de la entidad generadora de renta. Usualmente, se establece una tributación compartida, que fija tasas límites de gravamen en fuente para las principales rentas pasivas.

A nivel doctrinario, se reconoce en los CDI una herramienta que otorga seguridad jurídica a los inversionistas, en la medida que contiene las reglas del gravamen acordadas bilateralmente mediante un instrumento, el tratado. Este es aprobado conforme al artículo 56 de la Constitución y, en Perú, tiene rango superior a la ley². La eliminación de la doble imposición y el establecimiento de gravámenes más ventajosos en fuente constituyen un fuerte estímulo para el inversionista y prestador de servicios. Ambos verán incrementados los beneficios fiscales a los que pueden acceder en caso se desarrolle actividad en el otro Estado contratante. Por su parte, respecto a la administración tributaria, los CDI constituyen herramientas únicas e invaluables para prevenir el fraude y la evasión fiscal. Ello se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de las cláusulas de intercambio de información y de asistencia en la recaudación.

El presente trabajo constituye un acercamiento a la relación existente entre los CDI vigentes y los convenios del mismo tipo que suscribe un país con posterioridad y que pueden repercutir en los anteriores en virtud a las cláusulas de la nación más favorecida.

En el ámbito de los CDI, la cláusula de la nación más favorecida ha sido acordada por los Estados en sus convenios bilaterales de forma expresa y siempre con relación a uno o más tipos específicos de renta. Ello se diferencia del trato de la nación más favorecida, que constituye un principio multilateral. Dado que esta cláusula corresponde a una negociación bilateral,

¹ Esta es una deducción prevista en el inciso e) del artículo 88 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por el decreto supremo 179-2004-EF. En adelante, se hará referencia a este como Ley del Impuesto a la Renta.

² La resolución del Tribunal Fiscal 03041-A-2004 del 14 de mayo de 2004 —que constituye un precedente de observancia obligatoria— establece la primacía de los tratados sobre las leyes, entre otros, en virtud a la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Esta fue ratificada por el Perú mediante el decreto supremo 029-2000-RE, publicado el 21 de setiembre de 2000.

es usual que los Estados acuerden que esta se limite a ciertos países o sea de alcance general y se refiera en particular a uno o más tipos de renta específicos.

Frente a ello, se debe anotar que, en particular, este trabajo más que doctrinal, es de orden práctico y de máxima actualidad. Ello responde a que analiza las cláusulas de la nación más favorecida, aquellas que están incluidas en los CDI suscritos por el Perú y que se encuentran en vigor. Así, se analizarán los suscritos con Chile el 8 de junio de 2001³, con Canadá el 21 de julio de 2001⁴ y Brasil el 17 de febrero de 2006⁵.

No obstante, se hará algunas referencias al CDI suscrito con España el 6 de abril de 2006 —el cual no ha sido aprobado por el Congreso de la República⁶— y al celebrado con México⁷. Cabe precisar que este acuerdo de voluntades ha ingresado al Congreso para su aprobación conforme al artículo 56 de la Constitución y su texto es de público conocimiento al estar incluido en el proyecto de ley 885/2011-RE que figura en la página web del Congreso⁸.

En cuanto al CDI suscrito por el Perú con Brasil, es preciso indicar que el día 19 de agosto de 2009 se publicó, en el *Diario Oficial El Peruano*, un anuncio sobre la entrada en vigencia del «Convenio entre el Gobierno del Perú y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en relación con el Impuesto a la Renta». No obstante, cabe señalar que el texto del citado CDI no ha sido publicado a la fecha⁹, a pesar de que ha sido aprobado por el Congreso y ratificado por el Poder Ejecutivo.

La Decisión 578 —que constituye el Régimen para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal de la Comunidad Andina, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena* el 4 de mayo de 2004— no contiene ninguna cláusula expresa sobre la nación más favorecida ni constituye un convenio bilateral¹⁰. En tal sentido, no será materia de análisis en el presente trabajo.

Asimismo, es preciso enfatizar que la referencia en este estudio a la cláusula de la nación más favorecida

³ Fue aprobado en el Perú por resolución legislativa 27905, publicada el 6 de enero de 2003. Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

⁴ Se aprobó en el Perú por resolución legislativa 27904, publicada el 5 de enero de 2003. Entró en vigencia el 1 de enero de 2004.

⁵ Ha sido aprobado en el Perú por resolución legislativa 29233, publicada el 22 de mayo de 2008.

⁶ El CDI Perú-España (Gobierno de España & Gobierno de la República del Perú, 2006) ingresó al Poder Legislativo mediante el proyecto de ley 7/2006-PE en la legislatura anterior y fue derivado a dos comisiones del Congreso: a la de Economía y Finanzas y la de Relaciones Exteriores. Según la información de la página web del Congreso, en la última comisión citada, recibió un dictamen de una mayoría que estaba en contra de su aprobación. La Comisión de Economía y Finanzas no se pronuncia y, en consecuencia, no llegó al Pleno del Congreso. En la actualidad, el proyecto de ley se encontraría archivado, como sucede con todos los proyectos de ley de legislaturas anteriores. Por tratarse de un instrumento jurídico suscrito por dos Estados, es jurídicamente posible que se presente para su aprobación conforme al artículo 56 de la Constitución en la legislatura vigente. No obstante, se tiene conocimiento de que el Perú está negociando un nuevo CDI con España, como lo demuestra la resolución de Superintendencia 118-2013/SUNAT, publicada el 11 de abril de 2013.

⁷ El CDI con México se suscribió el 27 de abril de 2011 y el día 13 de marzo de 2012 ingresó al Congreso de la República como proyecto de ley 885/2011-RE.

⁸ Se tiene conocimiento que el Perú ha celebrado a la fecha otros CDI; no obstante, no se conoce el texto oficial de los mismos que permitan hacer un análisis riguroso.

⁹ La página web del Ministerio de Economía y Finanzas indica que el CDI Perú-Brasil «es aplicable desde el primero de enero de 2010» (s.f.).

¹⁰ Sobre la naturaleza multilateral y características de la Decisión 578, se puede consultar Villagra (2010).

no se efectúa respecto a la cláusula de no discriminación¹¹ ni a la del trato nacional. Esta alude a cláusulas expresas que prevén sus alcances dentro de los CDI¹².

En los últimos años, ha existido una amplia e interesante discusión sobre el principio de la nación más favorecida a la luz del Tratado de la Unión Europea y su aplicación en el ámbito de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. Ello ha dividido a los entendidos en quienes coinciden con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su fallo en el «caso D¹³», y quienes se oponen¹⁴ y lo critican duramente (Chico de la Cámara & Herrera, 2006). También, se encuentran quienes aluden a la multilateralización de la inversión a través de las cláusulas de la nación más favorecida (Schill, 2009). Es pertinente indicar que este trabajo se circunscribe a las cláusulas expresas sobre la nación más favorecida incluidas en los CDI suscritos por el Perú.

La bibliografía que existe sobre la cláusula de la nación más favorecida es abundante respecto al tema comercial, arancelario e incluso de inversión. No obstante, la relativa al campo de los convenios tributarios sobre impuesto a la renta es casi nula. La excepción es aquella señalada en el párrafo anterior, vinculada al análisis del Tratado de la Unión Europea y los CDI bilaterales de sus países miembros, la misma que se encuentra fuera del ámbito del presente trabajo.

Cabe señalar, asimismo, que durante los últimos años, los tribunales arbitrales bajo el marco del Convenio del

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) han resuelto controversias derivadas de acuerdos de inversión (Carrano & Bonifaz, 2008). No obstante, tales situaciones, también, quedan fuera del ámbito de este trabajo, el cual se circunscribe a los CDI suscritos por el Perú.

2. Antecedentes

Los antecedentes históricos de la cláusula de la nación más favorecida se remontan a los acuerdos vinculados al comercio, la navegación, la regulación del tratamiento de extranjeros y los asuntos consulares. No obstante, pretender identificar la aparición de la citada cláusula a un tratado o acuerdo en particular resulta difícil, puesto que no existe consenso al respecto en la doctrina.

Para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), un ejemplo de su inclusión lo constituye el tratado de intercambio mercantil celebrado entre el rey Enrique V de Inglaterra y el duque de Borgoña y conde de Flandes el 17 de agosto de 1417. Mediante este, se acordó que los navíos ingleses podrían utilizar puertos de Flandes de la misma manera que los alemanes, franceses y escoceses.

Por su lado, las Naciones Unidas señalan como ejemplo de cláusula de la nación más favorecida la incluida en el Tratado de Paz y Navegación de 1654, suscrito entre

¹¹ Al respecto, existe consenso en que, si bien existe una estrecha relación entre ambos conceptos, también existen diferencias. No obstante, en materia de CDI, en algunos casos puntuales se ha obtenido la protección contra la no discriminación, incluyendo simplemente una cláusula de la nación más favorecida. Tal es el caso del CDI entre Alemania y la Unión Soviética (URSS), citado por Vogel (1999).

¹² Al respecto, Francisco García Prats considera que la no discriminación se refuerza con la cláusula de la nación más favorecida. Sobre este punto, el autor indica: «Por ello su inclusión en los convenios depende en última instancia de los Estados contratantes, a pesar de que su inclusión en los modelos de convenio contribuya a una aceptación bastante generalizada. De ahí que algunos convenios no incluyan dicha cláusula (Convenio entre España y Australia), y otros la refuerzen con la inclusión de una cláusula de nación más favorecida (Convenio entre España y México) (García Prats, 2007, p 1121).

¹³ Esta sentencia recayó en el Caso C-376/03 el 05 de julio de 2005 (Eur-Lex, s.f.).

¹⁴ Resulta ilustrativo Van Denhurk y Korving (2006, p. 366) y Kofler (2005, p. 4).

Gran Bretaña y Suecia (Organización de las Naciones Unidas, International Law Commission, 2007, p. 3).

En el ámbito sudamericano, resalta la Cláusula Bello definida por Orrego Vicuña: «Si bien el propósito de la Cláusula Bello, en cuanto exceptuaba del tratamiento general de la nación más favorecida a aquellos particulares favores o ventajas que Chile concediera a otros países hispanoamericanos, resultaba clara la manera como estos otros países hispanoamericanos entraban a gozar de los particulares favores, pero planteaba algunos problemas» (1974, p. 43).

Por su parte, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre las Repúblicas del Perú y de Chile —suscripto en Santiago el 20 de enero de 1935— estableció un sistema preferencial de comercio basado en razón de la bandera: «Los productos naturales o manufacturados de cualquiera de las repúblicas contratantes conducidos en buques chilenos o peruanos sólo pagarán en las aduanas de la otra, la mitad de los derechos de internación con que se hallaren gravadas o en adelante se gravaren las mismas o equivalentes mercaderías de la nación más favorecida, conducidas en buques que no logren privilegio por razón de la bandera» (Orrego Vicuña, 1974, p. 42).

En un plano multilateral, el Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT) incluye a la cláusula de la nación más favorecida como una disposición fundamental en su artículo I. A partir de este, las partes se conceden recíprocamente la cláusula de la nación más favorecida en un contexto multilateral, de modo que el beneficio otorgado se extiende a las demás partes.

En el ámbito arancelario, el trato de la cláusula de la nación más favorecida puede ser definido a partir de lo previsto en el numeral 1 del artículo 1 del «Acuerdo

General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994», basado en el Acuerdo original (denominado «GATT de 1947»). En concordancia con ello, a este se le entiende como la concesión inmediata e incondicionada de cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad otorgada por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

1. 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, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, 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 (Organización Mundial del Comercio, 1994).

Como se observa, la ventaja se refiere a:

- 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
- Todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones
- Todas las cuestiones a las que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III (tributación y reglamentaciones interiores)

3. Modelos de convenios y la cláusula de la nación más favorecida

En la actualidad, son dos los modelos de convenio para evitar la doble imposición más utilizados internacionalmente: el de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁵ y el de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)¹⁶. Ambos están previstos para ser celebrados bilateralmente y reconocen a los Estados suscriptores el derecho de gravar tanto en el país donde se ubica la fuente generadora de la renta como en el país donde se encuentre la residencia del sujeto que la obtuvo (renta compartida). Tradicionalmente, el Modelo de Convenio de la Organización de las Naciones Unidas (MCONU) concede más importancia al principio de la fuente que el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE). No obstante, la versión del MCONU —publicada en el año 2012— evidencia un ostensible acercamiento al MCOCDE.

El principio de la nación más favorecida como tal no es incluido en ninguno de los modelos de convenios internacionalmente reconocidos. De este modo, se evita la doble imposición: la de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico¹⁷ y la de la Organización de Naciones Unidas (Organización de las Naciones Unidas, Department of Economic & Social Affairs, 2011).

La única alusión de los modelos de la OCDE (2008, p. 309) y de la Organización de las Naciones Unidas

(Organización de las Naciones Unidas, Department of Economic & Social Affairs, 2011, p. 339) se encuentra en el Comentario 2 al artículo 24 vinculado a la «No Discriminación». Dentro de este esquema, se niega que las disposiciones de tal artículo puedan ser interpretadas como el tratamiento de la nación más favorecida.

Adicionalmente, cabe señalar que, en el Convenio de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados, no se incluye ningún precepto relativo a la Cláusula de la Nación más favorecida respecto a los efectos de los Tratados y terceros Estados¹⁸.

4. Convenios para evitar la doble imposición suscritos por el Perú

4.1. CDI Perú-Chile, cláusula de la nación más favorecida respecto a regalías

Respecto a regalías (cánones según la doctrina), el CDI celebrado con el Perú y Chile acuerdan una tributación compartida; es decir, se prevé que tanto el país de la fuente como el de residencia tienen derecho a gravar la renta. Para tal efecto, en el artículo 12, se establece un gravamen en fuente con límite, el cual asciende al 15%.

En tal sentido, las regalías pagadas en el Perú a beneficiarios residentes en Chile —que acreditan tal situación conforme al certificado de residencia otorgado por el Servicio de Impuestos Interno (SII)— gozan de una retención del 15%, inferior al 30% que establece el

¹⁵ En 1974, la ONU publicó una Guía para la celebración de los Convenios Fiscales entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo. En 1979, publicó un Manual para la Negociación de Convenios Tributarios entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo; y, en 1980, emite su Modelo para la celebración de convenios para prevenir la doble imposición fiscal. La versión vigente es la publicada el 13 de marzo de 2012.

¹⁶ El convenio modelo generado por la OCDE cuenta con enmiendas y explicaciones que se actualizan constantemente y, en la actualidad, continúa sirviendo de base para la gran mayoría de convenios bilaterales. La versión vigente es la aprobada en julio de 2011.

¹⁷ Con ello, se alude al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, versión abreviada, del 17 de julio de 2008, del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

¹⁸ Así lo reconoce Forner (1988, p. 35).

artículo 56 de la Ley del Impuesto a la Renta. No obstante, una disposición del Protocolo puede modificar la tasa de retención antes citada, disminuyéndola aún más respecto a la tasa ordinaria que aplica el Perú.

El Protocolo del CDI Perú-Chile prevé la siguiente cláusula:

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 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 el Perú con terceros Estados.

Para los efectos de esta disposición, se entiende que Chile o Perú concluyen un Convenio con un tercer Estado cuando dicho Convenio ha entrado en vigencia. (Gobierno de la República de Chile & Gobierno de la República del Perú, 2003)

Si bien el Protocolo no denomina a la cláusula antes reproducida como una de la nación más favorecida, por sus características es preciso identificarla como tal. Es preciso indicar, asimismo, que sus términos evidencian gran complejidad —comparada con las cláusulas de la misma naturaleza incluidas en el CDI con Canadá— y, a su vez, se aleja de las típicas cláusulas unilaterales. El texto nos permite afirmar que se trata de una cláusula de la nación más favorecida bilateral vinculada exclusivamente al tipo de renta «regalías». Cabe anotar que su tratamiento se encuentra en el artículo 12 del CDI Perú-Chile.

Así, se prevé que, si después de la entrada en vigencia del CDI, Chile y Perú concluyen un convenio con un tercer Estado y acuerdan una tasa de impuesto sobre regalías que sea menor a la acordada con Chile, la «tasa menor» se aplicará para efecto del gravamen máximo en fuente de forma automática. Ello será así, una vez transcurrido un plazo de cinco años contados desde la entrada en vigencia del CDI (con Chile).

Esa «tasa menor» no podrá, en ningún caso, ser inferior a la tasa mayor entre la tasa menor suscrita por Chile y la tasa menor suscrita por el Perú con terceros Estados. Además, se deja claro en el Protocolo que se entiende que Chile o Perú concluyen un convenio con un tercer Estado cuando dicho convenio ha entrado en vigencia.

Para realizar un análisis detallado, a continuación, se tratará por separado la oportunidad de la aplicación automática de la cláusula de la nación más favorecida sobre regalías y, por otro lado, el monto que constituiría el nuevo porcentaje máximo de gravamen en el país de la fuente.

4.1.1. Oportunidad

El CDI Perú-Chile hace referencia a la «entrada en vigencia»; no obstante, conforme al numeral 24 del Convenio de Viena sobre Tratados, el término adecuado sería la «entrada en vigor». Por su parte, el propio CDI Perú-Chile establece en su artículo 29 que cada uno de los Estados contratantes notificará al otro —a través de los canales diplomáticos— el cumplimiento de los procedimientos exigidos por su legislación para la entrada en vigor del convenio. Dicho convenio entrará en vigor en la fecha de recepción de la última notificación. Adicionalmente, se especifica que las disposiciones de este se aplicarán a partir del primero de enero del año calendario inmediatamente siguiente a aquel en que el convenio entre en vigor.

Es preciso notar que el CDI suscrito entre el Perú y Chile fue firmado por las autoridades competentes el 8 de junio de 2001 en Santiago de Chile. No obstante, este entró en vigor el 13 de noviembre de 2003, según lo señalado en la Circular 8 del Servicio de Impuestos Internos del 26 de enero de 2005 (Servicios de Impuestos Internos de Chile, 2005). Conforme a lo previsto en el artículo 29 del CDI, ello se aplica con respecto a los impuestos sobre las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición, se contabilicen como gasto, a partir del primero de enero de 2004. En tal sentido, los cinco años a los que hace referencia la cláusula de la nación más favorecida respecto a regalías solo podría tener efecto a partir del 13 de noviembre de 2008.

4.1.2. Tasa menor

La cláusula indica que si Chile y Perú (ambos países) concluyen un convenio con un tercer Estado y acuerdan una tasa de impuesto sobre regalías que sea menor a la acordada en el artículo 12 (15%)¹⁹, la «tasa menor» se aplicará para efecto del gravamen máximo en fuente de forma automática. Ello se ejecutará una vez transcurrido el plazo de cinco años contados desde la entrada en vigencia del CDI. A su vez, se acuerda que 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 el Perú con terceros Estados.

En tal sentido, es posible afirmar que no se aplicaría la menor tasa prevista por los dos países, sino, por el contrario, sería de aplicación automática la tasa mayor entre las tasas menores pactadas por Chile y por Perú.

4.1.3. Aplicación de la cláusula respecto a los CDI vigentes

En consecuencia, para la vigencia de la cláusula de la nación más favorecida a partir del 13 de noviembre de 2008, que implica que la tasa inferior al 15% sea aplicable al CDI Perú-Chile, debe cumplirse dos condiciones:

- 1) La existencia de un CDI suscrito por Chile y otro por el Perú (copulativamente) que haya entrado en vigencia el 13 noviembre de 2003 o después
- 2) Que se prevea una tasa inferior al 15% respecto a regalías

Conforme a lo señalado en el numeral 1 antes citado, se requiere hacer un análisis de lo previsto en los CDI suscritos por una parte por Chile, y por otra, por el Perú. Respecto a Chile, las condiciones para que la cláusula antes referida se aplique se habrían cumplido, por cuanto con posterioridad al 13 de noviembre de 2003, Chile concluyó convenios con España, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de Suecia. Estos contemplan tasas máximas de retención en el país de la fuente para las regalías, que son inferiores a las contempladas en el CDI Perú-Chile.

- El convenio suscrito por Chile con España el 7 de julio de 2003 entró en vigor el 22 de diciembre de 2003 y se aplica con respecto a las rentas que se obtengan y a las cantidades que se paguen, abonen en cuenta, se pongan a disposición o se contabilicen como gasto, a partir del 1 de enero de 2004.
- El convenio suscrito por Chile con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el 12 de julio de 2003 entró en vigor el 21 de diciembre de 2004 y se aplica a partir del 1 de enero de 2005.

¹⁹ En el CDI Perú-Chile, se pacta el gravamen compartido de las regalías. Dentro de este marco, se establece un porcentaje máximo de impuesto en el país de la fuente de las regalías ascendente 15%.

- El convenio suscrito por Chile con el Reino de Suecia el 4 de junio de 2004 entró en vigor el 30 de diciembre de 2005 y se aplica desde el 1 de enero de 2006.

Adicionalmente, otro CDI suscrito con posterioridad por parte de Chile y que disminuye la tasa de regalías es el convenio suscrito con Estados Unidos el 4 de febrero de 2010, en Washington. Este ha sido materia de intercambio de notas diplomáticas para modificarlo el 25 de febrero de 2011, 10 y 21 de febrero de 2012 (Gobierno de la República de Chile & Gobierno de los Estados Unidos, 2010) y aún no se encuentra en vigor.

Como se ha señalado antes, por tratarse de una cláusula que requiere la suscripción de CDI con tasa inferior por parte de los dos países, es pertinente analizar la situación del Perú.

Los CDI suscritos por el Perú con posterioridad al CDI celebrado con Chile y que ya entraron en vigencia son los celebrados con Canadá y Brasil. Adicionalmente, el Perú ha suscrito un CDI con España y otro con México. Para este análisis, es pertinente centrarnos en los CDI que han entrado en vigor, que serían únicamente los suscritos con Canadá y Brasil²⁰. Al respecto, se observa en su artículos 12 que ninguno ha previsto una tasa inferior, sino que ambos prevén como gravamen máximo en el país de la fuente el 15%.

CONVENIO POSTERIOR	%	REGALÍAS
España	5%	Del importe bruto de esos cánones o regalías pagados por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos
	10%	Del importe bruto de esos cánones o regalías en todos los demás casos
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	5%	Del importe bruto de las regalías por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos
	10%	Del importe bruto de las regalías en todos los demás casos
Reino de Suecia	5%	Del importe bruto de las regalías por el uso o el derecho al uso de equipos industriales, comerciales o científicos
	10%	Del importe bruto de las regalías en todos los demás casos
Estados Unidos (No ha entrado en vigor a la fecha)	2%	Cualquier pago por el uso, o el derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos, excluyendo a las naves, aeronaves o contenedores cuando estén comprendidos en el artículo 8 (Transporte Internacional); y
	10%	Cualquier pago por el uso o el derecho al uso de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas, científicas u otras obras (incluidos los programas de computación, películas cinematográficas, cintas o discos de sonido o imagen, y otros medios de reproducción de imagen o sonido), de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, u otra propiedad intangible similar o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas. El término «regalías» también incluye la ganancia obtenida por la enajenación de cualquier bien descrito en este subpárrafo, siempre que esa ganancia dependa de la productividad, uso o disposición del bien.

Fuente: Gobierno de la República de Chile & Gobierno de los Estados Unidos, 2010.

²⁰ Con la observación antes señalada vinculada a su no publicación oficial.

Adicionalmente, es preciso notar que el CDI suscrito con España, también, contempla el 15% como gravamen máximo en fuente, con lo que tampoco se aplicaría la cláusula de la nación más favorecida (en el hipotético caso de perfeccionarse jurídicamente). De igual forma, el CDI suscrito con México y que se encuentra en el Congreso prevé el 15% como tasa de gravamen máximo en el país de la fuente.

A partir de ello, se puede concluir que, en la actualidad, la cláusula de la nación más favorecida respecto a regalías vigente en el CDI celebrado con Chile no tiene ningún efecto. Ello podría revertirse conforme a los términos en que el Perú continúe incrementando su red de convenios internacionales.

El efecto real de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida es que, al día siguiente de la entrada en vigor de un CDI en el que el Perú haya previsto una tasa de regalías a aplicarse en el país de la fuente (inferior al 1°5%), la tasa del CDI con Chile disminuirá conforme a la menor tasa.

4.2. CDI Perú-Canadá, cláusula de la nación más favorecida respecto a dividendos

En el artículo 10 del CDI Perú-Canadá, se establece el gravamen de los dividendos tanto en el Estado de la fuente como en el de la residencia (renta compartida). Específicamente, en el segundo párrafo, se prevé que el impuesto exigido en el país de la fuente no podía exceder el 10% y 15% del importe bruto de

los dividendos. En ese caso, procede la tasa más beneficiosa si 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 dichos dividendos²¹.

Adicionalmente, el CDI suscrito con Canadá incluye una cláusula de la nación más favorecida respecto a dividendos en el inciso a) del numeral 3 del Protocolo, cuyo texto se reproduce a continuación:

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 Económicos, 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 [...]. (Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú, 2004)

De este modo, se observa que el CDI suscrito con Canadá prevé una cláusula de la nación más favorecida respecto al Perú. En virtud de ella, si en una fecha posterior nuestro país acuerda para dividendos una tasa menor a la preferente del 10% en un CDI celebrado con un país miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, tal tasa se aplicará automáticamente a los dividendos.

²¹ El párrafo 2 del artículo 10 señala:

Sin embargo, dichos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del: (a) 10 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que controla directa o indirectamente no menos del 10 por ciento de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga dichos dividendos; y (b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Las disposiciones de este párrafo no afectan la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos (Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú, 2004).

No obstante, se considerará la mayor entre dicha nueva tasa y una tasa del 5%.

Es preciso notar que la referencia a CDI «celebrado», en nuestra opinión, debería corresponder a un CDI en vigor, en la medida en que se pueden celebrar tratados o convenios que no llegan a perfeccionarse jurídicamente. Tal es el caso del CDI celebrado con España, que en la actualidad se encuentra archivado como proyecto de ley en el Congreso de la República.

Respecto al universo de países, la cláusula incluida en el CDI de Canadá indica que se bajará automáticamente la tasa de dividendos. Ello se realizará si es que con posterioridad se disminuye la tasa en CDI que se suscriban y, a nuestro entender, entren en vigor con los Países Miembros de la OCDE. En tal sentido, los países a tomar en cuenta son Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido y Estados Unidos (OECD, s.f.).

En ese sentido, si en una potencial negociación con Qatar (por ejemplo) se bajara la tasa de dividendos 8%, debido a que el país citado no es miembro de la OCDE, no tendrá ningún efecto respecto al CDI de Canadá.

En cuanto a la suscripción posterior de CDI, cabe señalar que el Perú ha suscrito un convenio con Brasil, que no es miembro de la OCDE, por lo que la comparación pareciera inaplicable la comparación. No obstante, también, ha suscrito un CDI con España —miembro de la OCDE—, que no ha entrado en vigor, que prevé la tasa única del 5% para dividendos. En el hipotético caso de que se perfeccionara el CDI

con España, automáticamente, debería aplicarse tal tasa a Canadá. No obstante, es preciso señalar que en la actualidad la tasa vigente para dividendos en el Perú es de 4,1%. Dentro de este marco, no habría incompatibilidad con la tasa máxima a aplicar según el CDI, y no existiría repercusión en la recaudación.

Sin embargo, cabe resaltar que la situación jurídica respecto a un gravamen no es estática y el poder legislativo en uso de las facultades que le otorga la Constitución podría en cualquier momento modificar el gravamen a los dividendos en la legislación interna. En una oportunidad como esta, se debe verificar la aplicación de las cláusulas de la nación más favorecidas reconocidas en nuestros CDI.

4.3. CDI Perú-Canadá, cláusula de la nación más favorecida respecto a intereses

En el artículo 11 del CDI Perú-Canadá, se establece el gravamen de los intereses tanto en el Estado de la fuente como en el de la residencia (renta compartida). Específicamente, en el segundo párrafo, se prevé que el impuesto exigido en el país de la fuente no podía exceder el 15% del importe bruto de los intereses. Adicionalmente, el CDI suscrito con Canadá incluye una cláusula de la nación más favorecida respecto a intereses en el inciso b) del numeral 3 del Protocolo. Ello se puede observar a continuación:

i 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: [...]

(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 [...]. (Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú, 2004)

Como se observa, el CDI suscrito con Canadá prevé una cláusula de la nación más favorecida respecto al Perú. Por ello, es calificada como unilateral. En virtud del protocolo, si el Perú celebrara un CDI con un país de la OCDE en el que pacte una tasa aplicable a intereses inferior al 15%, se aplicará respecto a Canadá tal tasa con un «piso» de 10%.

Es preciso notar que la referencia a «CDI celebrado» debería corresponder a un CDI en vigor. En la actualidad, el Perú cuenta con el CDI con Brasil, posterior al CDI suscrito con Canadá. No obstante, Brasil no forma parte de la OCDE, por lo que no entraría en el ámbito de los países con los cuales sería procedente la comparación.

Por su parte, el Perú ha suscrito un CDI con España que es miembro de la OCDE. Dicho convenio, como se señaló previamente, no está en vigor. No obstante, es preciso notar que en tal CDI se prevé la tasa de 5% como gravamen máximo en el país de la fuente para intereses. En tal sentido, si hipotéticamente se aprobara el CDI con España, la tasa 10% se aplicaría automáticamente a Canadá. Cabe señalar que, si bien la tasa inferior es 5%, la cláusula del inciso b) del numeral 3 del Protocolo ha previsto que esta no podrá ser inferior al 10%.

Asimismo, se debe indicar que, conforme a lo previsto en el artículo 56 de la Ley del Impuesto a la Renta, en la actualidad las tasas vigentes para intereses en el Perú son de 4,99% y 30%. En la práctica, el CDI solo tiene aplicación efectiva respecto a la tasa correspondiente a préstamos otorgados entre partes vinculadas o que no hayan cumplido los requisitos previsto por la ley para que proceda la tasa de 4,99%.

4.3.1. Potencial problema originado por el CDI suscrito con México

El CDI con México merece especial atención cuando se analizan las cláusulas de la nación más favorecida incluidas en el CDI con Canadá, puesto que México es un país miembro de la OCDE y, por lo tanto, forma parte del universo de países con los cuales se compararán tasas de intereses, entre otros, para la aplicación automática de la menor en el Perú respecto a Canadá.

Antes de iniciar el análisis, se debe aclarar que el CDI con México no está vigente y que se encuentra en proceso de aprobación ante el Congreso de la República —de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo 56 de la Constitución²². No obstante, tal convenio podría acarrear un problema de interpretación e incluso de recaudación, respecto a la tasa de retención de intereses. El CDI con México, de aprobarse, también, afectaría al CDI con Canadá con relación a las regalías, como se desarrollará más adelante.

Para entender a cabalidad el problema, se considera necesario reproducir la parte pertinente del texto correspondiente a las tasa en fuente previstas en el CDI con México respecto a intereses:

Artículo 11º Intereses:

[...]

2. Sin embargo, dichos intereses pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 15 por ciento del importe bruto de los intereses.

²² Llama la atención que el proyecto de ley 00885-2011, según la página web del Congreso, haya sido derivado solo a la Comisión de Relaciones Exteriores y no a la Comisión de Economía (Congreso de la República del Perú, 2013).

3. No obstante las disposición del párrafo 2, los intereses mencionados en el párrafo 1 sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que es residente el beneficiario efectivo de los intereses si:
 - a) El beneficiario efectivo es uno de los Estados Contratantes o una de sus subdivisiones políticas, el Banco Central de un Estado Contratante, así como los bancos cuyo capital sea cien por ciento de propiedad del Estado Contratante y que otorguen préstamos por un período no menos a 3 años. En este último caso, los intereses que perciban dichos bancos deberán estar gravados en el país de residencia.
 - b) Los intereses son pagados por cualquier de las entidades mencionadas en el inciso a). [...]. (Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos & Gobierno de la República del Perú, 2011)

Conforme al texto citado, se tiene que la tasa de impuesto a la renta máximo a aplicarse en el país de la fuente sería 15%. No obstante, en el párrafo tercero, al establecerse el gravamen exclusivo en el país de la residencia (Estado contratante denle el que reside el beneficiario efectivo de los intereses) tal tasa en el país de la fuente desaparece o desciende a 0%. En tal sentido, objetivamente, se observa que —respecto a intereses— el CDI con México, de ser aprobado, contendría dos tasas de gravamen en fuente: quince por ciento (15%) y cero (0).

De ese modo, surgen tres interpretaciones de la cláusula de la nación más favorecida del CDI con Canadá (respecto a lo previsto para los intereses en el CDI con México):

1. Interpretación que no toma en cuenta la tasa cero (0%): Para que entre en vigencia la cláusula de la nación más favorecida, el Perú tendría que disminuir la tasa general del 15%. Cabe anotar que ello

no debe acarrear ninguna consecuencia al establecimiento de la tasa cero (0) en el CDI con México, puesto que esta última solo para un universo específico, en el que «El beneficiario efectivo es uno de los Estados Contratantes o una de sus subdivisiones políticas, el Banco Central de un Estado Contratante, así como los bancos cuyo capital sea cien por ciento de propiedad del Estado Contratante y que otorguen préstamos por un período no menos a 3 años». (Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos & Gobierno de la República del Perú, 2011)

2. Interpretación que toma en cuenta la tasa cero (0%) para todo tipo de intereses: Para que entre en vigencia la cláusula de la nación más favorecida, el Perú tendría que disminuir la tasa general del 15%. El CDI con México ya lo hizo al disminuir la tasa a cero (0%), sin importar que la regla sea una excepción aplicable cuando el beneficiario efectivo es uno de los Estados contratantes o una de sus subdivisiones políticas, el Banco Central de un Estado contratante o los bancos cuyo capital sea 100% de propiedad del Estado contratante. Esta posición tiene a su favor que sigue la literalidad del Protocolo 3 inciso b) del CDI suscrito con Canadá. En este, se prevé lo siguiente:

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 Económicos, en una fecha posterior a aquella en la que se firma el Convenio, Perú acuerda: (...) (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. (Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú, 2004, la cursiva es nuestra)

3. Interpretación que toma en cuenta la tasa cero (0%), pero solo para los créditos en los que el beneficiario efectivo es uno de los Estados contratantes o una de sus subdivisiones políticas, el Banco Central de un Estado Contratante o los bancos cuyo capital alcanza el 100% de propiedad del Estado contratante. Esta interpretación parece equitativa; no obstante, el establecimiento de una tasa diferenciada no fue objeto de negociación con Canadá y se desconoce en qué medida es posible «cedularizar» un mismo tipo de renta para efecto de la cláusula de la nación más favorecida.

La existencia de múltiples interpretaciones es de por sí un problema; sin embargo, la segunda interpretación antes señalada constituiría un problema en la medida en que el Ministerio de Economía no haya tenido tal propósito. Es preciso notar que el decreto ley 25883 del 26 de noviembre de 1992 autoriza al ministro de Economía y Finanzas a negociar y suscribir con países terceros convenios bilaterales para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal, en representación del Gobierno peruano.

En tal caso, lo ideal hubiera sido incluir la aclaración en contrario dentro del Protocolo del CDI con México. Es decir, lo óptimo sería especificar que la tasa cero (0%) o gravamen exclusivo en fuente para los créditos o préstamos —a los que se refiere el numeral 3 del artículo 11 del CDI con México—, no debía considerarse para efecto de cláusulas de la nación más favorecida preexistentes. Ello responde a que se asume que quienes negocian los tratados tienen pleno conocimiento de las consecuencias del tratado, incluso respecto a CDI suscritos con anterioridad.

La segunda interpretación, a nuestro entender, iría más lejos del propósito de la cláusula contenida en el CDI con Canadá. Dentro de este marco, una interpretación sistemática —en el mejor escenario— solo disminuiría

la tasa a los intereses en las mismas condiciones y circunstancias en las que lo hace el CDI con México, pese a no haberse otorgado tratamientos diferenciados a los intereses en el CDI con Canadá. En tal sentido, también, resultaría discutible la interpretación respecto a que la tasa disminuiría exclusivamente tratándose de intereses cuyo beneficiario efectivo sea Canadá o una de sus subdivisiones políticas, el Banco Central de Canadá y los bancos cuyo capital sea 100% de propiedad de Canadá y que otorguen préstamos por un período no menor a tres años.

Por su parte, es preciso notar que el tercer párrafo del artículo 11 del CDI suscrito por el Perú con México constituye una disposición para ambos países, a diferencia de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el CDI con Canadá. Esta última constituye una cláusula unilateral, en tanto solo se fija en que el Perú disminuya el gravamen.

De aprobarse el CDI con México en los términos antes señalados y siguiendo la segunda interpretación, la tasa no disminuiría a cero por ciento (0%), sino que se aplicaría el «piso» de 10% —conforme al texto de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el CDI Perú-Canadá—. El efecto real beneficiaría a aquellos préstamos entre partes vinculadas gravados por ley que están en el 30% y bajarían a 10%.

Por último, dejamos constancia de que en el análisis no se ha tratado el inciso b) del numeral 3 del artículo 11 del CDI con México, en tanto consideramos que cualquier tratamiento más beneficioso de carácter subjetivo en el Impuesto a la Renta debería recaer en el generador de la renta; en el caso particular de los intereses, en quien los percibe y, por lo tanto, se enriquece. En tal sentido, carece de lógica jurídica otorgar el beneficio de la tasa cero o gravamen solo en el país de residencia en función del pagador de los intereses, lo cual beneficiaría a cualquier sujeto.

4.4. CDI Perú-Canadá, cláusula de la nación más favorecida respecto a regalías

En el artículo 12 del CDI Perú-Canadá, se establece el gravamen de las regalías tanto en el Estado de la fuente como en el de la residencia (renta compartida). Específicamente, en el segundo párrafo, se prevé que el impuesto exigido en el país de la fuente no podía exceder del 15% del importe bruto de las regalías definidas en el tercer párrafo del mismo²³, sin ningún tipo de clasificación de las mismas.

Adicionalmente, el CDI suscrito con Canadá, incluye una cláusula de la nación más favorecida respecto a regalías en el inciso c) del numeral 3 del Protocolo. Ello es presentado a continuación:

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 Económicos, en una fecha posterior a aquella en la que se firma el Convenio, Perú acuerda: [...]

(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 este subpárrafo:

- (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. [...]. (Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú, 2004)

Se observa que, de acuerdo con la línea planteada en el CDI con Canadá respecto a otras rentas pasivas, la cláusula de la nación más favorecida con relación a regalías se circumscribe a los CDI que el Perú pacte en el futuro con países miembros de la OCDE. En esa medida ello se calificaría como una cláusula unilateral. La peculiaridad de la cláusula bajo análisis es que otorga a los diferentes tipos de operaciones que generan regalías dos tratamientos diferenciados: por una lado, existe un grupo cuya tasa es susceptible de reducción sin límite o sin «piso»; mientras, en otro grupo, de rentas no podría disminuirse por debajo del 10%.

Es preciso notar, que a diferencia de lo previsto en el CDI suscrito con Chile —que contempla como punto de partida la «entrada en vigencia» de algún CDI concluido por los países— la cláusula de la nación más favorecida acordada con Canadá alude a la «celebración» de un CDI por parte del Perú. No obstante,

²³ El tercer párrafo del artículo 12 señala:

El término «regalías» empleado en este Artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o el derecho al uso, de derechos de autor, patentes, marcas de fábrica, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos u otra propiedad intangible, o por el uso o derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, e incluye pagos de cualquier naturaleza respecto a películas cinematográficas y obras grabadas en películas, cintas u otros medios de reproducción destinados a la televisión (Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú, 2004).

consideramos que debería entenderse que su aplicación procede solamente respecto a convenios que entren en vigor. Ello debe ser tomado en cuenta, puesto que podrían suscribirse o celebrarse convenios que nunca sean perfeccionados jurídicamente conforme al artículo 56 de la Constitución Política del Perú.

Con posterioridad a la vigencia del CDI suscrito con Canadá, el Perú ha firmado un CDI con España (que es país miembro de la OCDE). No obstante, tal convenio resulta irrelevante para la aplicación de la cláusula, porque no se encuentra en vigor y, fundamentalmente, porque también prevé el gravamen a regalías del 15% en el país de la fuente y no una tasa menor.

De igual forma, el CDI suscrito con México —que se encuentra en el Congreso para su aprobación y posterior ratificación por el Poder Ejecutivo— contempla la tasa del 15% para todo tipo de regalías.

Conclusiones

- El sector empresarial, así como la Administración Tributaria, tienen que estar alertas respecto a las potenciales modificaciones de los términos de los CDI vigentes en el Perú, que automáticamente podrían entrar en vigor en virtud a las cláusulas de la nación más favorecida que contienen, al haberse acordado en un CDI posterior, términos más favorables respecto a algunas rentas pasivas.
- El Ministerio de Economía, como ente encargado de la negociación de CDI bilaterales, en virtud al decreto ley 25883, tienen la responsabilidad de negociar futuros CDI. Ello debe llevarse a cabo desde la visión de que y con el conocimiento pleno de que los términos a pactarse no solo repercutirán para el futuro, sino que pueden significar disminución de tasas de retención del impuesto a la

renta, respecto a CDI preexistentes ya vigentes, en función a las cláusulas de la nación más favorecida que contienen.

- El CDI Perú-Chile, que se encuentra vigente, contiene una cláusula de la nación más favorecida respecto a regalías que se encuentra expedita para entrar en vigencia en la oportunidad en que el Perú baje su tasa de gravamen en fuente en un convenio futuro con un tercer país. Si bien se trata de una cláusula que exige que ambos países reduzcan su tasa, hay que anotar que Chile ya ejecutó esta disminución desde el año 2003 en sus CDI con España, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de Suecia.
- El CDI Perú-Canadá, que se encuentra vigente, cuenta con tres cláusulas de la nación más favorecida, respecto al otorgamiento de una tasa más favorable en posteriores convenios con países miembros de la OCDE con relación a rentas pasivas: dividendos, intereses y regalías. A la fecha, no existe ningún convenio en vigor suscrito con posterioridad al de Canadá que haga aplicable las cláusulas antes aludidas; no obstante, de aprobarse el CDI suscrito con México, se generarán problemas de interpretación, e incluso de recaudación —respecto a los intereses— entre partes vinculadas.
- El CDI Perú-Brasil, cuyo texto no ha sido publicado oficialmente aún, no ha previsto ninguna cláusula de la nación más favorecida.
- El CDI suscrito por el Perú con México —país miembro de la OCDE—, que se encuentra en trámite de aprobación ante el Congreso conforme al artículo 56 de la Constitución, podría introducir un problema en la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el CDI con Canadá respecto a intereses.

- El CDI suscrito por el Perú con España—que ingresó al Congreso mediante el proyecto de ley 7/2006-PE en la legislatura anterior y que no llegó al Pleno para su aprobación—, en la actualidad, se encuentra archivado, como sucede con todos los proyectos de ley de legislaturas pasadas. No obstante, por tratarse de un instrumento suscrito por dos Estados, es jurídicamente posible que pueda volver a ser presentado para su aprobación conforme al artículo 56 de la Constitución en la legislatura vigente.
- De aprobarse el CDI con España, país miembro de la OCDE, —en virtud a la cláusula de la nación más favorecida— existiría repercusión respecto a lo previsto en el CDI con Canadá en cuanto a dividendos e intereses.
- Sería recomendable que la autoridad competente en el ámbito de los CDI, en su oportunidad y de darse el caso, hiciera de conocimiento público la entrada en vigencia de nuevos términos en los convenios en virtud a las cláusulas de la nación más favorecida.

Referencias bibliográficas

Carrano, I. & G. Bonifaz (2008). Los alcances de la cláusula de la nación más favorecida en los acuerdos de inversión. *Ius et Veritas* (36), 158-200.

Chico de la Cámara, P. & P. Herrera (2006). Libertades comunitarias y fiscalidad directa: ¿un giro radical en la jurisprudencia de Luxemburgo? En P. Herrera Molina, *Comentarios de Jurisprudencia Tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* (2005), 25-29. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda e Instituto de Estudios Fiscales.

CongresodelaRepública delPerú(2013). Proyectosdeley. *Congreso.gob.pe*. <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Eur-Lex (s.f.). 62003CJ0376. *Eur-lex. Access to European Union Law*. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0376:EN:NOT>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Forner, J. (1988). *La cláusula de la Nación más favorecida. La excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

García Prats, F. (2007). La cláusula de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición internacional. En F. Serrano, *Fiscalidad internacional* (4^a ed.). Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Gobierno de Canadá & Gobierno de la República del Perú (2004). *Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Perú para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en Relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio*. Resolución legislativa 27904. Aprobado el 11 de diciembre de 2002.

Gobierno de España & Gobierno de la República del Perú (2006). *Protocolo del Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de España para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio*. 6 de abril de 2006.

Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos & Gobierno de la República del Perú (2011). *Protocolo del Convenio entre la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio*. 27 de abril de 2011.

Gobierno de la República de Chile & Gobierno de los Estados Unidos (2010). *Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio*. Washington, 4 de febrero de 2010. http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_usa.pdf. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Gobierno de la República de Chile & Gobierno de la República del Perú (2003). *Protocolo del 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*. Suscrito el 8 de junio de 2001. Aprobado por resolución legislativa 27905. 6 de enero de 2003.

Kofler, G. (2005). 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*, 5, 1-89.

Ministerio de Economía y Finanzas (s.f.). Convenio para evitar la doble imposición. *Ministerio de Economía y Finanzas*. http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=302&Itemid=100878&lang=es. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

OCDE (2008). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. Versión abreviada, 17 de julio de 2008. París: Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

OECD (s.f.). List of OECD Member countries - Ratification of the Convention on the OECD. *OECD. Better policies for better lives*. <http://www.oecd.org/general/listofoecdmembercountries-ratificationoftheconventionontheoecd.htm>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Organización Mundial del Comercio (1994). *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994*. GATT de 1994. s.l.: Organización Mundial del Comercio.

Organización de las Naciones Unidas, Department of Economic & Social Affairs (2011). *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. Nueva York: ONU. http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Organización de las Naciones Unidas, International Law Commission (2007). Reporte del Grupo de Trabajo «Most-Favoured-Nation Clause». *Documento A/CN.4/L.719* (p. 3). Ginebra: Organización de las Naciones Unidas. <http://untreaty.un.org/ilc/documents/1719.pdf>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

tation/english/a_cn4_l719.pdf. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Orrego Vicuña, F. (1974). *Derecho Internacional Económico I. América Latina y la Cláusula de la Nación Más Favorecida*. México: Fondo de Cultura Económica

Servicio de Impuestos Internos de Chile (2005). *Circular N° 08 del 26 de enero del 2005*. Entrada en vigencia de Nuevos Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional y Aplicación de Cláusula de Nación más favorecida. <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2005/circu08.htm>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Schill, S. (2009). Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, 27(2), 478-569. http://www.boalt.org/bjil/docs/BJIL27.2_Schill.pdf. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2013.

Van Denhurk, H. & J. Korving (2006) The «D» Case against the Netherlands and the ECJ's Decision. Is There Still a Future for MFN Treatment. *Boletín IBFD*, agosto/setiembre.

Villagra, R. (2008). Manual: Los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con énfasis en los convenios vigentes en el Perú. En *CDIs convenios para evitar la doble imposición*. Lima: Asociación Fiscal Internacional - IFA Grupo Peruano.

Villagra, R. (2010). La Red de Convenios para evitar la doble imposición suscritos por los países de Sudamérica. En F. Serrano, *Fiscalidad Internacional* (4^a ed.). Madrid: Centro de Estudios Financieros (CEF), pp. 1377-1450.

Vogel, K. (1999). *Double Taxation Conventions* (3^o ed.). Ámsterdam: Kluwer Law International.

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2013

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2013

Correspondencia: rvillagra@pucp.edu.pe

jvillagrac@pucp.pe