



CÓMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Reina-Martínez, C. y Cisneros-Trujillo, C. F. (2023). Concepto y tipología de la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición. *Jurídicas*, 20(2), 266-288. <https://doi.org/10.17151/jurid.2023.20.2.14>

Recibido el 30 de septiembre de 2022
Aprobado el 16 de mayo de 2023

Concepto y tipología de la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición*

CAROLINA REINA-MARTÍNEZ**
CÁSTULO F. CISNEROS-TRUJILLO***

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito, introducir al lector en el conocimiento de aspectos básicos relativos a la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición, tales como su origen, los estudios realizados por la Organización de Naciones Unidas para intentar codificarla e incluirla en el Convenio Multilateral del Derecho de los Tratados, así como el concepto, elementos esenciales y tipología de dicha figura jurídica. Para la elaboración de una tipología de la cláusula, se escogió como muestra representativa al grupo de países que conforman la región latinoamericana, se consultaron las páginas oficiales de cada uno de los estados latinoamericanos, tomando como variable de selección los CDI firmados a la fecha.

PALABRAS CLAVE: cláusula de nación más favorecida, estado concedente, estado del contribuyente beneficiario, promesa de trato de nación más favorecida, tercer estado.

* Este artículo fue desarrollado dentro del proyecto de investigación INV3401 “Los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y la seguridad alimentaria en Colombia y Brasil”.

** PhD en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). E-mail: creina37@gmail.com.

Google Scholar. ORCID: 0000-0002-4370-7247

*** PhD en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid - España. Profesor Investigador y miembro del Grupo de Investigación “La Minga” de la Universidad Cooperativa de Colombia – Sede Pasto.

E-mail: castulo.cisnerost@campusucc.edu.co.

Google Scholar. ORCID: 0000-0003-0539-2958

Los autores expresan su gratitud a los profesores Andrés Báez y Aitor Navarro, por la revisión de cada versión de este artículo y sus comentarios útiles.



Concept and typology of the most favored nation clause in the agreements to avoid double taxation

ABSTRACT

The purpose of this article is to introduce the reader to the knowledge of basic aspects related to the most favored Nation Clause in the Conventions to avoid double taxation, such as its origin, the studies carried out by the United Nations Organization to try to codify it and include it in the Multilateral Agreement on the Law of Treaties, as well as the concept, essential elements, and typology of said legal figure. To prepare a typology of the Clause, the group of countries that make up the Latin American Region was chosen as a representative sample, the official pages of each of the American States were consulted, taking as the selection variable the CDI signed to date.

KEYWORDS: most favored nation clause, granting state, beneficiary taxpayer status, most favored nation treatment promise, third state.

Introducción

En una economía globalizada e interconectada, las normativas que prohíben la discriminación hacia ciudadanos, empresas, inversiones y bienes extranjeros se han vuelto fundamentales para fomentar las transacciones transfronterizas. Estos principios se han integrado en leyes internas y acuerdos comerciales, buscando asegurar un trato justo, al menos equivalente, para individuos, bienes y servicios extranjeros en comparación con los locales.

A pesar de su origen en relaciones comerciales entre países, estas medidas antidiscriminatorias se han expandido a diferentes tipos de tratados internacionales, incluyendo acuerdos de inversión y convenios fiscales, aunque existan notables diferencias tanto estructurales como en su propósito.

El enfoque de este artículo se centra en evaluar la implementación de la cláusula de nación más favorecida en tratados fiscales, explorando las cláusulas de no discriminación desde la perspectiva del derecho económico internacional (DEI). Para lograr este objetivo, se analizarán los siguientes temas: (I) Orígenes de la cláusula de nación más favorecida; (II) Elementos esenciales de las cláusulas de nación más favorecida; y (III) Tipos de cláusula de nación más favorecida, pactadas en los CDI de la región latinoamericana, concluyendo con reflexiones generales.

I. Orígenes de la cláusula de nación más favorecida

La cláusula de nación más favorecida (en adelante cláusula NMF), debe su creación al comercio entre los pueblos y a la necesidad de regular las relaciones entre partes interesadas en intercambiar sus productos (Puente-Muñoz, 1965). Para autores como Cavarretta (2018), su existencia se da partir de los pactos comerciales, celebrados para facilitar la actividad comercial en territorio extranjero y conceder privilegios a determinados pueblos, refiriéndose de manera puntual al Pacto¹ entre el rey del Bósforo y los atenienses, y al Pacto² entre Cartago y Roma.

Vale la pena destacar, como antecedente de inclusión de la cláusula dentro de un tratado, el suscrito entre Enrique V de Inglaterra y Johan Herzog de Burgund el 17 de agosto de 1417 en Amiens³, por el cual se acordó que los navíos ingleses podrían utilizar puertos de Flandes de la misma manera que los alemanes, franceses

¹ Pacto por el que se concede a los atenienses, un trato de favor al liberarlos del pago de un canon de salida de ciertas mercancías por el canal del Bósforo.

² Pacto que le otorgó a Roma la posibilidad de comerciar con Cerdeña y África.

³ “*Les maîtres de Neifs et Maronniers de la Partie d’Engleterre, a leur venue es Ports et Haures de notre did Pays de Flanders, porront faire licitement lier leur Neifs, es porront fair licitement lier leur Neifs, es dis Ports et Haures. Par la Maniere que feront Francois, Hollandois, Zellandois, et Escohais, sans encourir pour ce en aucune Fourfaiture on Amende: Et semblablement, porront faire les Maîtres de Niefs et Maroniers de Flanders es Ports et Haures de la Partie d’Engleterre*” (Schwarzenberger, 1945).

Concepto y tipología de la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición

y escoceses (Villagra-Cayamana y Villagra-Cayamana, 2013). Desde entonces, la cláusula NMF fue incluida a lo largo de los siglos XVII y XVIII en diferentes tratados comerciales, de amistad y de navegación.

Se señala que, fue precisamente Inglaterra quien, a finales del siglo XVIII, con la implementación del liberalismo económico y comercial fue la beneficiaria del principio de igualdad de trato y de la cláusula NMF, como ejemplo de esta política librecambista internacional se encuentra el Tratado “Cobden – Chevalier” celebrado entre Reino Unido de Gran Bretaña y Francia del 23 de enero de 1860 (Ballesteros-González, 1977).

El período de entreguerras estuvo marcado por la hostilidad hacia la cláusula NMF, por un fuerte proteccionismo reflejado en el incremento de tarifas aduaneras y el control de cambio, que a lo único que contribuyó fue a acentuar la crisis económica y política. En la postguerra, los Estados unas veces como represalia y otras como medida de protección a su economía, denunciaron los tratados celebrados y recurrieron a toda clase de medidas de control y a la revisión general de los compromisos internacionales vigentes.

Fue solo hasta el surgimiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT, donde se consagró en su artículo I la Cláusula del Trato General de la Nación más Favorecida, en los términos que a continuación se citan:

Artículo I: Trato general de la nación más favorecida. 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...

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947, reguló el comercio internacional hasta 1995, cuando se constituyó formalmente la Organización Mundial del Comercio – OMC (Montserrat, 2001).

Por su parte, la Organización de Naciones Unidas realizó estudios para incluir la cláusula de NMF, dentro del Convenio Multilateral del Derecho de los Tratados. Al respecto, estudió a lo largo de las sesiones realizadas desde 1964 hasta 1991, la posibilidad de incluir la cláusula NMF, dentro del proyecto de artículos del Convenio Multilateral sobre el Derecho de los Tratados, en el que quizás sea el

análisis más detallado que haya realizado un organismo internacional para intentar sistematizar la NMF, tal y como a continuación se detalla.

En el reporte de las sesiones celebradas en 1964, la Comisión debido al interés expresado por varios representantes, decidió analizar la inclusión de la cláusula en la codificación del Derecho de los Tratados, para lo cual nombró como Relator Especial a Endre Ustor. En 1968, la Comisión solicitó que los estudios exploraran las condiciones legales que rigen su aplicación práctica, con la intención de aclarar el alcance y el efecto de la NMF.

El 23 de enero de 1969, el secretario general de la Comisión de Derecho Internacional, mediante nota circular dirigida a las organizaciones y organismos interesados, pidió que allegaran la información derivada de su experiencia en la aplicación de la cláusula NMF, que pudiera ser útil para la labor de codificación.

Durante las sesiones celebradas en 1970, el relator presentó un segundo informe, sobre la naturaleza y función de la cláusula en tres asuntos conocidos por la Corte Internacional de Justicia: el asunto de la Anglo-Iranian Oil Company⁴, el relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos⁵ y el Asunto Ambatielos⁶. En 1972, la comisión recibió el tercer informe, que contenía cinco artículos de un proyecto sobre la cláusula NMF. En los artículos se definían los términos empleados en el proyecto, en particular los de “cláusula de nación más favorecida”, “trato de la nación más favorecida” y se estudiaban su fundamento jurídico y la fuente del derecho del Estado beneficiario.

A estos informes, lo sucedieron los de 1973, 1974, 1975 y 1976, que contenían los artículos relativos a la presunción del carácter incondicional de la cláusula, la regla *ejusdem generis* y los derechos adquiridos del Estado beneficiario, así como el ámbito de aplicación de la cláusula NMF, la acumulación de trato nacional y trato NMF entre otras. En 1988, la Asamblea General de la Organización de

⁴ **Fallo del 22 de julio de 1952**, en este asunto el Reino Unido alegó que la Anglo-Iranian Oil Company no había sido tratada conforme a los principios y la práctica del derecho internacional, para lo cual manifestó que Irán había suscrito tratados posteriores (en 1934, con Dinamarca y en 1937 con Turquía), que aunque habían sido concertados con Terceros Estados debían prevalecer, de acuerdo con la cláusula NMF contenida en dos tratados concertados por Irán previamente (Tratado de 1857 y la Convención Comercial de 1903). La Corte concluyó que carecía de competencia para conocer del caso.

⁵ **Fallo del 27 de agosto de 1952**, La Corte al decidir la controversia generada por la expedición del Decreto Residencial del 30 de diciembre de 1948, que sometía a las importaciones procedentes de los Estados Unidos de América a un sistema de control, del cual sí eximía a las importaciones provenientes de Francia, decidió, que este trato preferencial era incompatible con el Acta de Algeciras, según la cual, los Estados Unidos pueden reivindicar el derecho a ser tratados en Marruecos tan favorablemente como Francia, además de señalar que no existía fundamento convencional para justificar la inmunidad fiscal pretendida por los Estados Unidos para por efecto de la cláusula NMF, ya que ningún otro Estado gozaba de ella para sus nacionales.

⁶ **Fallo del 1 de julio de 1952**, Grecia (en representación del armador Ambatielos) solicitó a la Corte que declarará que la reclamación presentada contra Reino Unido e Irlanda del Norte debía someterse a arbitraje, de acuerdo con los tratados suscritos entre Grecia y Reino Unido de 1886 y 1926. La Corte decidió que no era competente para conocer del fono de la reclamación, al considerar que el artículo 29 del tratado de 1926, no tenía efecto retroactivo.

Naciones Unidas decidió incluir el tema de la cláusula, para el período de sesiones a realizarse en 1991.

Finalmente, en 1991 la Comisión resolvió que el tema de la cláusula NMF haría parte de su programa de trabajo a largo plazo, recordando que algunos de sus miembros consideraban inoportuno reabrir su estudio, por cuanto las diferencias políticas que habían hecho que no se adoptase ninguna medida en relación con el proyecto, no se habían resuelto, así como la posición de otros miembros, para quienes dada la importancia de la cláusula en los tratados de derecho mercantil y de las inversiones, había llegado el momento de reanudar los trabajos en relación con la misma (Naciones Unidas, 2009).

El trato de nación más favorecida en los convenios de doble imposición no posee una redacción estándar que defina su contenido de manera única (McNair, 1986). Los Estados que forman parte del tratado tienden a redactarlo de diversas formas, lo que ha llevado a sugerir que cualquier intento por generalizar su significado y efectos debe realizarse con precaución. Además, el trato de nación más favorecida presente en estos tratados no se aplica de forma automática, ya que se trata de acuerdos bilaterales con cláusulas diversas. Por ende, cualquier discusión sobre su alcance se basa exclusivamente en el texto relevante presente en cada caso particular (García, 2013).

Autores como Dolzer y Schreuer argumentan que la cláusula de nación más favorecida asegura que los Estados brinden a los inversores de otro Estado un trato al menos tan favorable como el otorgado a los inversores de un tercer Estado (Dolzer & Schreuer, 2008). Esta disposición implica que, si un Estado concede un beneficio significativo a un tercer país, automáticamente se extiende al Estado que se beneficia de esta cláusula. Por lo tanto, si el propósito principal de esta cláusula es asegurar un “tratamiento” equitativo, es esencial comprender el alcance y el significado de la palabra “tratamiento” para comprender este estándar de protección y su aplicabilidad en un tratado (Ansari & Raisi, 2018).

Ahora bien, y como quiera que en las cláusulas de nación más favorecida pactadas en los CDI confluyen necesariamente cuatro elementos, como lo son, el estado concedente, el estado del contribuyente beneficiario para efectos de la cláusula NMF, la promesa de trato de nación más favorecida y el tercer estado, debido no solo a la utilidad, sino a la importancia de los términos en el presente trabajo se realiza una breve definición de los mismos.

Así mismo, y luego de realizar la recopilación de todos los CDI pactados por los países que conforman la región latinoamericana se identifican y analizan las cláusulas NMF contenidas en ellos y producto de ello se elabora una tipología de la cláusula NMF en los CDI, la técnica empleada fue la de análisis cualitativo,

examinando en detalle el texto completo⁷ de todos los CDI, para identificar en cuál(es) de las cláusulas o del protocolo, se encuentra pactada la cláusula NMF y en referencia a qué tipo de rentas; para luego analizarlas y contrastarlas con las pactadas por ese Estado y por los otros Estados de la región y a partir de allí, construir los criterios y tipos de cláusulas NMF de la red de CDI latinoamericanos.

2. Cláusulas de nación más favorecida. Elementos esenciales

La cláusula de NMF no tiene un único contenido o redacción concreta que contemple su definición en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición (en adelante CDI), tanto así que la misma es ajena a los modelos de convenio elaborados por la Organización de las Naciones Unidas y por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. Es por ello, que lo que existe en la actualidad es una construcción conceptual realizada a partir del trato de nación más favorecida, que autores como Lang (1998) sostienen, es un acuerdo en virtud del cual un Estado, concede a los residentes de otro Estado, el mejor trato que está a disposición de los ciudadanos o residentes de terceros países, indicando además que es una medida clásica para evitar la discriminación.

Las cláusulas NMF suelen redactarse de modos diversos, y por ello se ha afirmado que, cualquier intento para tratar de generalizar su significado y sus efectos, debe realizarse con cautela. En los CDI encontramos una multiplicidad de cláusulas NMF pactadas, razón por la cual a continuación nos ocuparemos de identificar la regla que se sigue al pactarla y los elementos que componen (McNair, 1986).

En la cláusula NMF necesariamente confluyen cuatro elementos: Estado concedente, Estado del contribuyente beneficiario, la promesa de trato de nación más favorecida y tercer Estado; elementos estos que proporcionan el contenido de la NMF. La regla que se sigue al pactar la NMF consiste en señalar que en virtud del convenio (generalmente se pacta en relación con las cláusulas de dividendos, intereses y regalías) celebrado entre el Estado concedente (Estado A) y el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), el Estado concedente (Estado A) se obliga a dar al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) el trato de nación más favorecida (promesa NMF) en caso de llegar a suscribir un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C) en donde se pacten mejores condiciones a las negociadas en el convenio inicial (CDI entre Estado A y Estado B).

Si bien, la Convención de Viena del Derecho de los Tratados en el artículo 2, define los términos de tratado, Estado contratante, parte y tercer Estado, y los modelos de convenio OCDE y ONU a su vez en el artículo 3 consagran que se entiende

⁷ Porque si bien la NMF suele ser pactada en el protocolo de los CDI, también es posible encontrarla dentro del articulado del convenio.

por persona, sociedad, empresa de un Estado contratante, autoridad competente y nacionales; en los mismos quedan sin definirse los términos Estado contratante, Estado del contribuyente beneficiario, tercer Estado; la única referencia que se hace es la contenida en el artículo 3 – Definiciones Generales, en el numeral 2., donde se indica que todo término que no esté definido en el convenio, a menos que el contexto requiera otra cosa, tendrá el sentido que en ese momento se le atribuya en la legislación de ese Estado relativa a los impuestos objeto de la convención.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que el texto de la cláusula además de los Estados contratantes⁸ del CDI, contiene la “promesa de trato de NMF” y el “tercer Estado”, debido no solo a la utilidad, sino a la importancia de los términos que se emplearán en el presente trabajo, enseguida se realiza una breve definición de estos.

2.1. Estado(s) concedente(s)

Es uno de los Estados parte del CDI, ha sido definido como “el Estado que concede el trato de la nación más favorecida”, es decir, en la cláusula NMF el Estado(s) concedente(s) al que nos referiremos a lo largo de este trabajo como (Estado A) corresponde al Estado(s) que realiza la promesa de otorgar el trato de nación más favorecida y se obliga a cumplirla. Cabe destacar que el Estado concedente, además, de ser el que promete el trato de NMF, es el Estado respecto del cual se espera la materialización de la cláusula, en tanto, la promesa se activa cuando el Estado concedente (Estado A), celebra un nuevo convenio con un tercer Estado.

2.2. Estado del Contribuyente Beneficiario

Para efectos de la cláusula NMF, el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) corresponde al “Estado receptor de la promesa de trato de nación más favorecida realizada por el Estado concedente”. Cabe anotar, que se le denomina Estado del contribuyente beneficiario, porque si bien es cierto que los CDI se celebran entre Estados, es al contribuyente del Estado beneficiario al que se le concede el trato de la nación más favorecida, en otras palabras, el contribuyente del Estado beneficiario es el destinatario de la promesa realizada por el Estado concedente (Estado A), y por ende el titular del derecho a exigir el cumplimiento y efectividad del trato prometido, en virtud de la cláusula NMF. El alcance del trato de más favor, que podrá reclamar el contribuyente beneficiario, estará determinado por el mejor trato, que efectivamente conceda el Estado concedente al tercer Estado.

⁸ Los Estados contratantes a efectos de la NMF pasan a denominarse Estado Concedente y Estado del Contribuyente Beneficiario, respectivamente.

2.3. Promesa de trato de nación más favorecida

En el ámbito de los CDI esa “promesa de trato de nación más favorecida” efectuada en la cláusula, básicamente se circunscribe a la realizada por el Estado(s) concedente(s) (Estado A), en la cual promete al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) concederle el mejor trato con relación a determinadas rentas (usualmente referidas a dividendos, intereses, regalías, servicios técnicos) en caso de llegar a pactar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C). En este punto, conviene destacar que la materialización de la “promesa de trato de nación más favorecida”, es lo que da contenido a la cláusula NMF, al permitir que le sea dado al contribuyente del Estado del contribuyente beneficiario, el beneficio o exención acordados en el nuevo convenio, celebrado entre el Estado(s) concedente(s) y un tercer Estado, el funcionamiento de la cláusula NMF.

2.4. Tercer Estado

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU definió el “Tercer Estado” (Estado C) como “todo Estado distinto del Estado concedente o del Estado beneficiario”. A efectos de la cláusula NMF, en el nuevo convenio celebrado con el “tercer Estado” (Estado C), deben pactarse unas mejores condiciones a las consagradas en el convenio suscrito previamente, entre el Estado concedente y el Estado beneficiario.

3. Tipos de cláusula de nación más favorecida pactadas en los CDI de la región latinoamericana

Para la construcción de la tipología de la cláusula NMF en los CDI, se escogió como muestra representativa para esta investigación, al grupo de países que conforman la región latinoamericana (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) por la disparidad propia de la región, en donde se encuentran diferentes modelos económicos y políticos, así como contrastes marcados en los niveles de desarrollo.

Para la recolección de la información, se consultaron las páginas oficiales de cada uno de los Estados latinoamericanos y la plataforma de investigación fiscal de la IBFD, tomando como variable de selección de los CDI, los firmados a la fecha, ello en razón a que, en la mayoría de Estados el proceso establecido en el derecho interno para la ratificación y entrada en vigor de los tratados, puede tardar años, lo que reduciría el número de CDI que harían parte de la muestra.

La técnica empleada fue la de análisis cualitativo, examinando en detalle el texto completo de todos los CDI, para identificar en cuál(es) de las cláusulas o del protocolo, se encuentra pactada la cláusula NMF y en referencia a qué tipo de

rentas; para luego analizarlas y contrastarlas con las pactadas por ese Estado y por los otros Estados de la región y a partir de allí, construir los criterios y tipos de cláusulas NMF de la red de CDI latinoamericanos.

Producto de la información recolectada, se determina que a la fecha los Estados latinoamericanos han suscrito 286 convenios, una red importante, que nos permite analizar las variaciones entre las cláusulas NMF pactadas y realizar una clasificación de la cláusula, que sería difícil de efectuar con los datos de un solo país, en razón a que algunos cuentan con un número significativo de CDI como son los casos de México (57), Chile (34), Brasil (32) y Venezuela (32); otros con un menor número de CDI como lo son Uruguay (21), Panamá (17), Argentina (22), Ecuador (19), Colombia (18) y Perú (8); y unos en donde la cantidad de CDI pactados es casi insignificante o inexistente, entre los que se pueden mencionar Paraguay (4), Costa Rica (4), República Dominicana (2), El Salvador (1) y Nicaragua (0).

Así, al examinar uno a uno los CDI de la región latinoamericana, vemos que la cláusula NMF ha sido pactada en 95 convenios⁹, y que tan solo los Estados de Panamá, y República Dominicana no la han incluido en ninguno de los CDI celebrados. Resulta interesante destacar, que la cláusula NMF con referencia a las rentas de los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) del convenio modelo OCDE se halla presente en (79) CDI y referida a otras rentas del convenio modelo OCDE en (24) CDI. En línea con lo anterior, debe decirse que en ninguna de las cláusulas NMF negociadas por los Estados latinoamericanos, se establece que tal disposición le es aplicable a todo el CDI, al contrario, las cláusulas NMF negociadas en la región, se distinguen, por encontrarse siempre referidas a un(os) artículo(s) en particular del CDI.

Teniendo en cuenta la información recopilada, se ha realizado una clasificación de las cláusulas NMF de la región latinoamericana en cinco grupos a saber: según el tercer Estado con el que se pacte el nuevo CDI, según la promesa de trato de la nación más favorecida, según la forma de activación de la cláusula, según si las cláusulas NMF están referidas a un mínimo de tributación y según si el que suscribe el nuevo CDI es el Estado del contribuyente beneficiario, los cuales a continuación se explican:

⁹Los Estados con cláusulas NMF en sus CDI son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

3.1. Según el tercer Estado con el que se pacte el nuevo CDI

En la categoría correspondiente al grupo de cláusulas “según el tercer Estado con el que se pacte el nuevo CDI”, encontramos en los CDI de la región latinoamericana¹⁰, dos tipos de NMF: cláusulas NMF limitadas y las cláusulas NMF ilimitadas.

Las cláusulas NMF que hacen parte de este grupo, se caracterizan porque el elemento “tercer Estado” tiene un carácter relevante en su formulación, en tanto, se establece la activación de la cláusula, en algunos casos de manera limitada, cuando, se señala de forma expresa que si el nuevo CDI es suscrito por el Estado concedente (Estado A) con “Estados no pertenecientes o localizados en la región latinoamericana” o con “Estados pertenecientes a un organismo internacional determinado (OCDE, UE)”, y, de manera ilimitada, cuando de forma genérica señala que el nuevo CDI sea suscrito por el Estado concedente (Estado A) con un “tercer Estado”.

A) Cláusulas NMF limitadas

En primer lugar, nos referiremos a las cláusulas NMF para Estados no ubicados en América Latina, al respecto resulta importante destacar que, de los países de la región, Brasil es el único Estado que ha pactado este tipo de cláusulas NMF en sus CDI. Adicionalmente, debe decirse que la red de convenios brasileña es de **32** CDI y que ha consagrado la cláusula NMF en **16** de esos convenios.

Las cláusulas NMF “para Estados no ubicados en América Latina”, se distinguen básicamente, por establecer en el texto de la disposición que el nuevo CDI que sea suscrito entre el Estado concedente¹¹ (Estado A), con un “tercer Estado no ubicado en América Latina” (Estado C), para limitar derechos de imposición o autorizar deducciones, dará lugar (promesa trato NMF) a que automáticamente le sea aplicable una misma limitación o se otorgue una deducción idéntica en el CDI celebrado previamente entre Estado concedente (Estado A) y el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B). Este esquema se puede observar en el CDI de Brasil y Bélgica:

Protocolo 2. Ad Artículo 13, párrafo 3 y Artículo 14, párrafo 1 **En el caso de que, después de la firma del presente Convenio, el Brasil concluya con un tercer Estado no situado en América Latina**, un Convenio que limite, con respecto a los ingresos mencionados en el párrafo 3 del artículo 13 y el párrafo 1 del artículo 14 - el derecho de imposición del Estado contratante distinto del Estado en el que reside el receptor de los ingresos, se aplicará automáticamente a

¹⁰ Brasil, México y Chile son los Estados de la región que de manera más reiterada han incluido cláusulas NMF caracterizadas por dar relevancia a que el “Tercer Estado” con el que pacte el nuevo CDI corresponda a Estados que sean “Estados no ubicados en la región latinoamericana” y “Estados miembros de la OCDE”.

¹¹ En este caso Brasil, que es el único Estado de la región que ha pactado este tipo de cláusulas NMF.

las relaciones entre el Brasil y Bélgica. 3. Ad Artículo 24, párrafo 4. **En caso de que, después de la firma de este Convenio, Brasil permita que las regalías pagadas por una empresa residente en Brasil a una empresa residente en un tercer Estado no situado en América Latina** que posea al menos el 50% del capital de dicha compañía residente en Brasil, puede deducirse al determinar el monto de las ganancias de esa compañía imponible en Brasil, luego se otorgará automáticamente una deducción idéntica en las relaciones entre una compañía residente en Brasil y una compañía residente en Bélgica que compañías están en la misma situación. (La negrita es nuestra).

Del mismo modo, observamos que la redacción en el texto de la cláusula NMF, se mantiene, incluso cuando el CDI es suscrito por Brasil con Estados que no hacen parte de la región latinoamericana y tampoco de la OCDE, tal y como sucede en el CDI celebrado con Sudáfrica:

Protocolo 4. Con referencia al Artículo 13 **Si, en un convenio para evitar la doble imposición que posteriormente puede concertarse entre el Brasil y un tercer Estado no radicado en América Latina,** las ganancias derivadas de la enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el párrafo 5 del Artículo 13 sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que el enajenante sea residente, se aplicará automáticamente un trato similar con respecto a la presente Convención. (La negrita es nuestra).

Finalmente, conviene señalar que Brasil ha celebrado CDI con **6** países latinoamericanos: Argentina, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela; y que tan sólo con **2** de ellos ha suscrito la cláusula NMF (tal el es caso de Chile¹² y y México¹³), cláusulas que no encuadran dentro de la tipología analizada, lo cual resulta coherente si se tiene en cuenta que se trata de Estados ubicados en América Latina.

¹² Al respecto el CDI Brasil – Chile enuncia: “**Protocolo** “6. Con referencia al Artículo 14 Si en una fecha posterior a aquella en la que se suscriba el presente Convenio, Brasil concluye un Convenio con otro Estado, en el que se acuerde una norma que signifique, de cualquier modo, renunciar a la aplicación del principio establecido en la letra (a) del párrafo 1 del Artículo 14 de este Convenio para la determinación del derecho de imposición de un Estado Contratante respecto de la renta obtenida por la prestación de servicios profesionales o de otras actividades de carácter independiente, a partir de la fecha de entrada en vigencia del Convenio con el otro Estado dejará de ser aplicable la norma establecida en la letra (a) del párrafo 1 del Artículo 14 del presente Convenio.”.

¹³ En el mismo sentido, el CDI Brasil – México expresa: “**Protocolo** “5. Con respecto a los artículos 10, 11 y 12 Si, después de la fecha de la firma del presente Convenio, el Brasil concuerda con cualquier otro país en una convención, cuyos tipos son inferiores (incluida cualquier exención) a los que figuran en esos artículos, entonces, tales tasas serán, a los efectos del presente Convenio, aplicables en los mismos términos desde el momento en que dichos tipos entren en vigor. Sin embargo, en el caso de intereses y regalías, tales tasas en ningún caso serán inferiores al 4,9% y 10%, respectivamente. 6. Con respecto al párrafo 3 del Artículo 12 (a), se entiende que las disposiciones del párrafo 3 del Artículo 12 se aplicarán a los pagos de cualquier tipo recibidos como contraprestación por la prestación de servicios y asistencia técnicos. (b) Si, después de la fecha de la firma del presente Convenio, el Brasil acepta con otro país una disposición según la cual los ingresos derivados de la prestación de servicios técnicos no implican que los derechos previstos en el párrafo de referencia se consideren ingresos a los que se aplica el artículo 7 o el artículo 14, dicha disposición se aplicará automáticamente en lugar de lo dispuesto en el párrafo anterior del presente Protocolo, a partir del momento de la entrada en vigor del Convenio que incluye dicha disposición.”.

En segundo lugar, encontramos las cláusulas para Estados miembros de organizaciones internacionales, que se distinguen por establecer en su texto, que si el Estado concedente (Estado A) suscribe con un “Estado que sea miembro de la OCDE” o un “Estado miembro de la Unión Europea” (Estado C) un acuerdo o convenio, para limitar o rebajar las tasas de dividendos, intereses o regalías pactadas anteriormente con el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), esas nuevas tasas (promesa trato NMF), reemplazarán de manera inmediata a las negociadas en el CDI inicial, suscrito entre el Estado concedente (Estado A) y el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B).

Los países de la región latinoamericana que han pactado cláusulas NMF con referencia a los “Estados que sean miembros de la OCDE” son Argentina¹⁴, Bolivia¹⁵, Chile¹⁶, El Salvador¹⁷, México¹⁸ y Perú¹⁹. Las cláusulas NMF de estos Estados, además de encontrarse incluídas en el protocolo del CDI, se negociaron en relación con los artículos 10, 11 y 12 del convenio, su elemento “Tercer Estado” referido específicamente a un “Estado miembro de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo -OCDE”). A manera de ilustración del texto utilizado para este tipo de cláusula NMF, se cita la del CDI Argentina – Australia²⁰:

Protocolo: 5. Si la República Argentina, con posterioridad a la fecha de la firma del presente Acuerdo, concluye un Acuerdo de doble imposición con un Estado miembro de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, y el Acuerdo mencionado en segundo término: a) establece una tasa menor al 10 por ciento sobre la imposición de dividendos o un nivel de participación en el capital de la sociedad menor al 25 por ciento, previsto en el primer Acuerdo mencionado, los Estados Contratantes se consultarán mutuamente a efectos de acordar una tasa o un nivel de participación menor que el previsto en el primer Acuerdo; b) establece una tasa menor al 12 por ciento sobre la imposición de intereses prevista en el primer Acuerdo mencionado, la tasa prevista en el segundo Acuerdo mencionado o el 10 por ciento (o la que fuere mayor) se aplicará a los efectos de lo previsto en el apartado 2 del Artículo 11, en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo mencionado en segundo término; y c) establece una tasa menor al 15 por ciento sobre la imposición de regalías prevista en

¹⁴ En la red de CDI argentinos se encuentra pactada en los CDI suscritos entre Argentina – Australia, Argentina – Bélgica, Argentina – Canadá, Argentina – Dinamarca, Argentina – Noruega, Argentina – Países Bajos, Argentina – Reino Unido.

¹⁵ En la red de CDI bolivianos se encuentra pactada en los CDI suscritos entre Bolivia – España, Bolivia – Francia, Bolivia – Reino Unido, Bolivia – Suecia.

¹⁶ En la red de CDI chilenos se encuentra pactada en los CDI suscritos entre Chile – Austria, Chile – Bélgica, Chile – Canadá, Chile – Dinamarca, Chile – España, Chile – Francia, Chile – Irlanda, Chile – Italia, Chile – Noruega, Chile – Polonia, Chile – Reino Unido, Chile – República Checa, Chile – Suecia, Chile – Suiza.

¹⁷ El Salvador la pactó en el único CDI que ha suscrito, el convenido con España.

¹⁸ En la red de CDI mexicanos se encuentra pactada en los CDI suscritos entre México – España, México – Francia y México – Suiza.

¹⁹ En la red de CDI peruanos se encuentra pactada en los CDI suscritos entre Perú – Canadá, Perú – Portugal y Perú – Suiza.

²⁰ CDI Argentina – Australia.

el primer Acuerdo mencionado, la tasa prevista en el segundo Acuerdo mencionado o el 10 por ciento (o la que fuere mayor) se aplicará a los efectos de lo previsto en el apartado 2 (b) del Artículo 12, en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo mencionado en segundo término. (La negrita es nuestra)

Por último, las cláusulas NMF para “Estados miembros de la Unión Europea” las encontramos tan solo en cuatro CDI de la región latinoamericana (México – España, México – Italia, El Salvador – España, Venezuela – España), conservando en su redacción la regla explicada líneas arriba para “Estados miembro de la OCDE”, teniendo como elemento llamativo que todas las NMF se negociaron con España.

B) Cláusulas NMF ilimitadas

Las cláusulas NMF ilimitadas en las que se emplea la denominación genérica “tercer Estado” en la redacción del texto para identificar al elemento tercer Estado (Estado C) con el que eventualmente el Estado concedente (Estado A) llegare a suscribir el nuevo convenio para limitar o rebajar las tasas de dividendos, intereses o regalías pactadas anteriormente con el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), han sido adoptadas por Colombia en todas las cláusulas NMF incluidas en su red de CDI, conservando la siguiente forma en el texto:

PROTOCOLO.VII. Ad Artículo 11. (...) 2. En el caso de que Colombia, después de firmado este presente Convenio, **acordara con un tercer Estado** un tipo impositivo sobre intereses inferior al establecido en el artículo 11 o una exención distinta a las contempladas en dicho artículo del presente Convenio, ese nuevo tipo impositivo o exención se aplicará automáticamente al presente Convenio como si constara expresamente en el mismo; surtirá efectos desde la fecha en la que surtan efectos las disposiciones del Convenio firmado con ese tercer Estado. **VII. Ad Artículo 12. (...) 3.** En el caso de que Colombia, después de firmado este presente Convenio, **acordará con un tercer Estado** un tipo impositivo sobre cánones o regalías inferior al establecido en el artículo 12 del presente Convenio, ese nuevo tipo impositivo se aplicará automáticamente al presente Convenio como si constara expresamente en el mismo; surtirá efectos desde la fecha en la que se surtan efectos las disposiciones del Convenio firmado con ese tercer Estado. (La negrita es nuestra)

Cabe anotar, que aunque en menor porcentaje esta cláusula también se encuentra pactada, en los CDI suscritos por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México, Perú y Uruguay.

3.2. Según la promesa de trato de la nación más favorecida

Las cláusulas NMF de esta categoría, negociadas por los Estados de la región latinoamericana, se habla de Concedente (Estado A), porque la promesa efectuada

en la Cláusula, la mayoría de las veces se ha efectuado en relación puntual a los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) del convenio modelo OCDE. Sin embargo, y como se explicará en esta tipología, también se encuentra pactada la cláusula NMF en un menor número de CDI latinoamericanos, en relación al artículo 5 (establecimiento permanente), artículo 7 (beneficios empresariales), artículo 13 (ganancias de capital), artículo 14 (suprimido – rentas de trabajo independiente), artículo 15 (renta de trabajo dependiente), artículo 21 (otras rentas), artículo 22 (patrimonio), artículo 23 (métodos para eliminar la doble imposición), artículo 24 (no discriminación), artículo 25 (procedimiento amistoso) y artículo 26 (intercambio de información).

En el presente acápite, analizaremos las cláusulas con promesa de trato NMF referidas a rentas concretas (dividendos, intereses, regalías, servicios técnicos), y, las cláusulas con promesa de trato referidas otras disposiciones de los CDI de la red latinoamericana, detallando la regla utilizada en su redacción, los Estados que han pactado esta tipología de cláusula y destacando las NMF negociadas que contienen alguna particularidad.

A) Promesa de trato NMF referida a rentas concretas

En primer término, nos referiremos a las cláusulas NMF que han sido pactadas en referencia a los “dividendos” de los convenios latinoamericanos, frente a lo cual resulta pertinente precisar, que la definición establecida en el artículo 10 del modelo OCDE para los “dividendos”, es la acogida por los Estados de la región²¹. Las NMF de este tipo establecen en su texto, que el Estado concedente (Estado A) promete dar el trato de NMF, al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), en el evento de celebrar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en donde en relación con los dividendos del artículo 10 del convenio se: “establezca una tasa menor”, “pacten tasas más favorables”, “limite la imposición en la fuente”, “aplique un tipo impositivo más bajo”, “se acuerde una tasa de impuesto que sea menor”, “se exima o exonere”, “se reduzca el impuesto” o “se pacten unos porcentajes de retención menores”. A manera de ilustración, se cita la cláusula del CDI Brasil – España, que estipula:

Protocolo 3. Ad Artículo 10, párrafo 2. En caso de que el Brasil, después de la firma del presente Convenio, **reduzca el impuesto sobre dividendos mencionado en el párrafo 2 del artículo 10** pagado por una empresa residente de Brasil a un residente de un tercer Estado que no está situado en América Latina y que posee al menos el 25%

²¹ **Argentina** (CDI Argentina – Australia, Argentina – Bélgica, Argentina – Dinamarca, Argentina – Países Bajos y Argentina – Reino Unido), **Bolivia** (CDI Bolivia – Francia, Bolivia – Reino Unido), **Brasil** (CDI Brasil – Corea, Brasil – España, Brasil – México), **Chile** (CDI Chile – Canadá), **Colombia** (CDI Colombia – Italia), **Costa Rica** (CDI Costa Rica – España), **Ecuador** (CDI Ecuador – Bélgica), **El Salvador** (CDI El Salvador – España), **México** (CDI México – Brasil, México – Nueva Zelanda, México – Perú, México – Suiza), **Perú** (CDI Perú – Canadá, Perú – Corea, Perú – México, Perú – Suiza), **Uruguay** (CDI Uruguay – Singapur) y **Venezuela** (CDI Venezuela – Canadá, Venezuela – Suecia).

de las acciones con derecho a voto de la compañía que es residente de Brasil, entonces se aplicará automáticamente una reducción equivalente al impuesto sobre dividendos pagados a una compañía que sea residente de España en condiciones similares. (La negrita es nuestra)

En segundo lugar, hallamos las cláusulas NMF referidas al artículo 11- Intereses del convenio, en donde llama la atención Chile, por ser el Estado de la región que la incluye en casi la totalidad de cláusulas NMF de su red de CDI (en **26** de las 27 cláusulas NMF). No obstante, debe decirse que este tipo de cláusula también ha sido empleada por otros Estados latinoamericanos²². El texto de la cláusula NMF propio de esta tipología señala que el Estado concedente (Estado A), promete dar el trato de NMF al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), en el evento de celebrar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en relación con los intereses, en el que se acuerde: “limitar la imposición en el país fuente”, “tipos inferiores (incluida cualquier exención)”, “que contenga tarifas tributarias más bajas”, “tasas inferiores sobre el importe bruto de los intereses” o “una tributación inferior”. Tal como se observa en la NMF del CDI Chile – Ecuador:

PROTOCOLO. 3. Con referencia al Artículo 11 Si en una fecha posterior a aquella en la que se firme el presente Convenio, Chile concluye un Acuerdo o Convenio con otro Estado, **por el que Chile acuerde una tasa de impuesto sobre intereses que sea menor o preferencial a la propuesta en el presente Convenio respecto de tales ingresos, dicha tasa menor o preferencial se aplicará para los propósitos del párrafo 2 del Artículo 11 en forma automática bajo las mismas condiciones a los efectos de este Convenio**, a partir de la fecha en que las disposiciones de dicho nuevo Acuerdo o Convenio sean aplicables, según corresponda. (La negrita es nuestra)

Así mismo, encontramos las cláusulas NMF referidas al artículo 12- Regalías del convenio modelo OCDE, que han sido consagradas en los CDI de la región²³. En este tipo de cláusula NMF, el Estado concedente (Estado A) promete dar el trato de NMF al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), en el evento de

²² **Argentina** (CDI Argentina - Reino Unido), **Brasil** (CDI Brasil – México), **Colombia** (CDI Colombia – España, Colombia – Italia, Colombia – Suiza), **Costa Rica** (CDI Costa Rica – España), **Ecuador** (CDI Ecuador – Chile), **El Salvador** (CDI El Salvador – España), **México** (CDI México – Brasil, México – Chile, México – España, México – Francia, México – Italia, México – Perú, México – Suiza), **Paraguay** (CDI Paraguay – Chile), **Perú** (CDI Perú – Canadá, Perú – Corea, Perú – México, Perú – Portugal, Perú – Suiza), **Venezuela** (CDI Venezuela – España, Venezuela – Países Bajos, Venezuela – Suecia).

²³ **Argentina** (CDI Argentina – Países Bajos, Argentina – Reino Unido), **Bolivia** (CDI Bolivia – España, Bolivia – Francia, Bolivia – Reino Unido, Bolivia – Suecia), **Brasil** (CDI Brasil – Austria, Brasil – Canadá, Brasil – Corea, Brasil – España, Brasil – México), **Chile** (CDI Chile – Canadá, Chile – Colombia, Chile – Dinamarca, Chile – España, Chile – Francia, Chile – Irlanda, Chile – Italia, Chile – Japón, Chile – Noruega, Chile – Paraguay, Chile – Polonia, Chile – Reino Unido, Chile – Suecia, Chile – Suiza), **Colombia** (CDI Colombia – Italia, Colombia – México, Colombia – Portugal, Colombia – República Checa), **Costa Rica** (CDI Costa Rica – España), **El Salvador** (CDI El Salvador – España), **México** (CDI México – Brasil, México – España, México – Estonia, México – Francia, México – Perú, México – Suiza), **Paraguay** (CDI Paraguay – Chile), **Perú** (CDI Perú – Canadá, Perú – México, Perú – Portugal, Perú – Suiza), **Venezuela** (CDI Venezuela – Países Bajos, Venezuela – Suecia).

celebrar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en relación con las regalías, en el que se convenga: “limitar la imposición en el país de la fuente a una alícuota menor”, “tasas más bajas (incluidas tasas nulas) o una base de aplicación restringida”, “exceptuar o eximir de impuesto o reducir las tasas de impuesto (ya sea general o respecto de categorías específicas)”, “porcentajes de retención inferiores (o tipo cero) a los establecidos”. Esta estructura de cláusula se puede observar en el CDI México – España:

ARTÍCULO XVII 6. En relación con los artículos 11 y 12 del Convenio, si con posterioridad a la entrada en vigor de este Convenio, México firmara un acuerdo o convenio para evitar la doble imposición con cualquier otro Estado que fuera miembro de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos o de la Unión Europea, y en dicho acuerdo o convenio **se acordaran tasas inferiores (incluyendo tasa cero) a los establecidos en el presente Convenio, dichas tasas reemplazarán automáticamente a los tipos acordados en el presente Convenio** desde la fecha de entrada en vigor de dicho convenio o acuerdo entre México y ese otro Estado. (La negrita es nuestra).

Finalmente, encontramos las cláusulas NMF cuya promesa de trato NMF está referida a servicios técnicos, se encuentran en los CDI celebrados por Argentina²⁴, Brasil²⁵, Colombia²⁶, Chile²⁷ y México²⁸; y básicamente contemplan que, en caso de que el Estado concedente (Estado A), negocie un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en donde se incluyan disposiciones más favorables en relación con los servicios de asistencia técnica, servicios técnicos o servicios de consultoría, al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) se le concederá ese mismo trato, tal y como se puede apreciar en la cláusula NMF del CDI Colombia – Portugal:

PROTOCOLO 5. En relación con el artículo 12. a) Si, después de la firma del Convenio, Colombia concluye con un tercer Estado un Convenio **que incluya disposiciones relativas a la asistencia técnica, servicios técnicos o servicios de consultoría que son más favorables que los previstos en el artículo 12 del Convenio,** dichas disposiciones se aplicarán automáticamente al Convenio, bajo las mismas condiciones como si ellas hubieran sido incluidas en el Convenio. Dichas disposiciones se aplicarán al Convenio desde la fecha de entrada en vigor del Convenio con el tercer Estado. La autoridad competente de Colombia informará sin demora a la autoridad competente de Portugal que las condiciones de aplicación del presente apartado se han cumplido (...). (La negrita es nuestra)

²⁴ CDI Argentina – Canadá, Argentina – Francia, Argentina – Reino Unido, Argentina – Italia.

²⁵ CDI Brasil – Israel.

²⁶ CDI Colombia – República Checa, Colombia – Canadá, Colombia – México, Colombia – Chile, Colombia – Portugal.

²⁷ CDI Chile – Colombia, Chile – Australia, Chile – Brasil, Chile – Canadá.

²⁸ CDI México – Brasil, México – Estonia y México – Colombia.

B) Promesa de trato NMF referida a otras disposiciones del CDI

En la red de convenios de los Estados latinoamericanos, las cláusulas NMF referidas a los artículos 5 (establecimiento permanente)²⁹, 7 (beneficios empresariales)³⁰, 13 (ganancias de capital)³¹, 14 (suprimido - renta de trabajo independiente)³², 15 (renta trabajo dependiente)³³, 21 (otras rentas)³⁴, 22 (patrimonio)³⁵, 23 (métodos para eliminar la doble imposición)³⁶, 24 (no discriminación)³⁷, 25 (procedimiento amistoso)³⁸ y 26 (intercambio de información)³⁹ del convenio modelo OCDE, solo representan el 20% del total de las cláusulas NMF negociadas en la región.

Si bien es cierto que estas cláusulas NMF se encuentran pocas pactadas por los Estados latinoamericanos, a continuación, haremos referencia a las pactadas con relación al artículo 13 (ganancias de capital) y al artículo 24 (no discriminación). La cláusula NMF referida al artículo 13, establece en su texto, que el Estado concedente (Estado A), promete dar el trato de NMF al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), en el evento de celebrar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en relación con las “ganancias de capital”, en el que se acuerde: “limitar la imposición”, “acordar una tasa inferior”, “limitar el derecho de los Estados Contratantes”, “establecer porcentajes de retención inferiores”. En el CDI México – Lituania se negoció una cláusula NMF de este tipo:

Protocolo 6. En relación al Artículo 13 Los Estados Contratantes acuerdan que cuando en cualquier Convenio entre México y un tercer país, **México acuerde una tasa inferior a 20 por ciento con respecto a las ganancias especificadas en el párrafo 3 de este Artículo, en la medida que dichas ganancias sean obtenidas por el enajenante teniendo la misma o mayor participación en el capital de la sociedad**, dicha tasa inferior de impuesto automáticamente será aplicada para efectos del párrafo 3 de este Artículo, con efecto a partir de la fecha de entrada en vigor de ese Convenio, o del presente Convenio, la que sea posterior. (La negrita es nuestra)

²⁹ CDI México – Estonia.

³⁰ CDI Argentina – Bélgica y Argentina – Países Bajos.

³¹ CDI Argentina – Países Bajos, Brasil – Bélgica, Brasil – Portugal, Brasil – Sudáfrica, Chile – Japón, El Salvador – España y México – Lituania.

³² CDI Argentina – Países Bajos, Brasil – Chile, Brasil – Portugal, Chile – Brasil, Costa Rica – España y Perú – Suiza.

³³ CDI Argentina – Países Bajos.

³⁴ CDI Argentina – Noruega.

³⁵ CDI Colombia – México.

³⁶ CDI Argentina – Países Bajos, Cuba – Portugal y Brasil – Canadá.

³⁷ CDI Brasil – Hungría, Brasil – Italia, Brasil – Suecia, Brasil – Países Bajos, Cuba – Austria y México – Australia.

³⁸ CDI Brasil – Luxemburgo y Brasil – Noruega.

³⁹ CDI México – Australia.

De otra parte, las cláusulas NMF referidas al artículo 24 del convenio, han sido pactadas por Brasil, y llaman la atención porque, aunque en el protocolo se incluyen como referidas al artículo 24 (no discriminación), lo señalado en su texto hace alusión puntual a las regalías, tal y como se aprecia en el CDI Brasil – Hungría:

Protocolo 12. Con referencia al Artículo 24, párrafo 3 En el caso de que el Brasil permitiera que las regalías, tal como se definen en el párrafo 3 del Artículo 12, pagadas por una empresa que sea residente de Brasil a una empresa que sea residente de un tercer Estado no localizada en América Latina, y que posee al menos el 50% del capital de la empresa que es residente de Brasil, será deducible en el momento de la determinación de las ganancias imponibles de esta empresa, **una deducción igual será automáticamente aplicable bajo condiciones similares, a una empresa residente de Brasil que paga regalías a una empresa que reside en la República Popular Húngara.** Se entiende que la actual disposición de la ley brasileña con respecto a la no deducibilidad de las regalías, como se indicó anteriormente, no es incompatible con el párrafo 3 del Artículo 24 de la Convención. (La negrita es nuestra).

3.3. Según la forma de activación de la cláusula

La cláusula NMF cumple el propósito para el cual fue pactada una vez se da su “activación”. En las cláusulas NMF de los CDI latinoamericanos, las disposiciones se considerarán “activadas” para los Estados parte cuando se cumplen los requisitos a los que está sujeta la cláusula. Esta categoría de cláusulas NMF contemplan que en caso de que el Estado concedente (Estado A), negocie un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en donde se incluyan disposiciones más favorables, al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) se le concederá ese mismo trato, como se aprecia en la cláusula NMF pactada en el CDI Chile – Ecuador:

PROTOCOLO. 3. Con referencia al Artículo 11 Si en una fecha posterior a aquella en la que se firme el presente Convenio, Chile concluye un Acuerdo o Convenio con otro Estado, por el que Chile acuerde una tasa de impuesto sobre intereses que sea menor o preferencial a la propuesta en el presente Convenio respecto de tales ingresos, dicha tasa menor o preferencial se aplicará para los propósitos del párrafo 2 del Artículo 11 en forma automática bajo las mismas condiciones a los efectos de este Convenio, a partir de la fecha en que las disposiciones de dicho nuevo Acuerdo o Convenio sean aplicables, según corresponda. (La negrita es nuestra)

Cabe anotar, que si bien las cláusulas NMF pactadas en la región latinoamericana, señalan algunos requisitos adicionales (tales como que, el Tercer Estado con el que se pacte el nuevo CDI sea un Estado miembro de la OCDE, o que la misma se encuentre referida a unas rentas en particular), ninguna contempla una condición adicional a cumplirse después de celebrado el nuevo CDI (renegocie el CDI inicial), que impida su activación.

Concepto y tipología de la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición

3.4. Según si las cláusulas NMF están referidas a un mínimo de tributación

Este tipo de cláusula NMF referida a un mínimo de tributación (incluida cualquier exención) para las rentas pasivas⁴⁰, establecen que el Estado concedente (Estado A) promete dar el trato de NMF al Estado del contribuyente beneficiario (Estado B), en el evento de celebrar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C), en el que se convenga: “tasas inferiores al 15% (incluyendo la tasa cero) sobre el importe bruto de los intereses o regalías”, “una tasa sobre dividendos que sea menor del 10%”, como se aprecia en los CDI celebrados por Brasil, Chile, México y Perú. Un ejemplo de este tipo de cláusula NMF es la contenida en el CDI Brasil – México, que acá se cita:

Protocolo 5. Con respecto a los artículos 10, 11 y 12, Si después de la fecha de la firma del presente Convenio, el Brasil concuerda con cualquier otro país en una convención, **cuyos tipos son inferiores (incluida cualquier exención) a los que figuran en esos artículos, entonces, tales tasas serán, a los efectos del presente Convenio, aplicables en los mismos términos desde el momento en que dichos tipos entren en vigor. Sin embargo, en el caso de intereses y regalías, tales tasas en ningún caso serán inferiores al 4,9% y 10%, respectivamente.** (La negrita es nuestra)

El Estado chileno, además de ser el que más ha pactado esta cláusula NMF, se destaca de los otros Estados latinoamericanos, porque, en el texto de la cláusula desarrolla y especifica a qué tipo de intereses le es aplicable tal disposición, llegando incluso a señalar cuál sería la tasa más baja, tal y como se puede evidenciar en la NMF del convenio suscrito entre Chile – Nueva Zelanda.

3.5. Según si el que suscribe el nuevo CDI es el Estado del contribuyente beneficiario

Esta categoría de cláusulas NMF, se encuentra en 3 CDI⁴¹ de la red de convenios de la región latinoamericana, y llama la atención, en tanto, invierte por completo la regla de la nación más favorecida, al señalar que es el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) el que al celebrar un nuevo convenio con un tercer Estado (Estado C) confirmando un mejor trato al otorgado en el convenio inicial celebrado entre el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) y el Estado concedente (Estado A), el que dará lugar a que a éste último Estado se le otorgue el trato NMF.

⁴⁰ **Argentina** (CDI Argentina – Países Bajos, Argentina – Reino Unido), **Bolivia** (CDI Bolivia – España, Bolivia – Francia, Bolivia – Reino Unido, Bolivia – Suecia), **Brasil** (CDI Brasil – Austria, Brasil – Canadá, Brasil – Corea, Brasil – España, Brasil – México), **Chile** (CDI Chile – Canadá, Chile – Colombia, Chile – Dinamarca, Chile – España, Chile – Francia, Chile – Irlanda, Chile – Italia, Chile – Japón, Chile – Noruega, Chile – Paraguay, Chile – Polonia, Chile – Reino Unido, Chile – Suecia, Chile – Suiza), **Colombia** (CDI Colombia – Italia, Colombia – México, Colombia – Portugal, Colombia – República Checa), **Costa Rica** (CDI Costa Rica – España), **El Salvador** (CDI El Salvador – España), **México** (CDI México – Brasil, México – España, México – Estonia, México – Francia, México – Perú, México – Suiza), **Paraguay** (CDI Paraguay – Chile), **Perú** (CDI Perú – Canadá, Perú – México, Perú – Portugal, Perú – Suiza), **Venezuela** (CDI Venezuela – Países Bajos, Venezuela – Suecia).

⁴¹ CDI México – Nueva Zelanda, México – Perú y Chile – Portugal.

Así las cosas, cada vez que el Estado del contribuyente beneficiario (Estado B) suscriba un nuevo CDI, con un tercer Estado (Estado C), en el que se pacten unas mejores condiciones se activa la cláusula NMF para el Estado concedente (Estado A), como se observa en el CDI México – Nueva Zelanda:

PROTOCOLO 9. Con relación al Artículo 10 del Acuerdo: **Si en algún Acuerdo de doble tributación posterior con cualquier otro Estado, Nueva Zelanda limita su imposición en la fuente sobre dividendos a una tasa menor del 15 por ciento, entonces dicha tasa menor, como se especifica en ese Acuerdo de doble tributación, aplicará a los dividendos provenientes de México** y cuyo beneficiario efectivo sea un residente de Nueva Zelanda y a los dividendos provenientes de Nueva Zelanda y cuyo beneficiario efectivo sea un residente de México **bajo las mismas condiciones como si dicha tasa menor hubiera sido especificada en el párrafo 2 del Artículo 10 del Acuerdo.** Nueva Zelanda informará a México sobre dicha tasa menor a través de una nota diplomática. La tasa menor será aplicable a partir de la fecha establecida en el Acuerdo con el otro Estado y comunicada en la nota diplomática. Cualquier modificación a la tasa del párrafo 2 del Artículo 10 del Acuerdo conforme a este párrafo, no se considerará como una modificación formal al Acuerdo. (La negrita es nuestra)

4. Conclusiones

La cláusula NMF es una figura jurídica que ha permanecido vigente a través de varios siglos como reguladora del comercio internacional, y que viene siendo pactada por los Estados en los CDI, especialmente en relación con rentas pasivas (dividendos, intereses y regalías), a pesar de no tener un único contenido o redacción concreta que contemple su definición, tanto así que es ajena a los modelos de convenio elaborados por la Organización de las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

Los elementos que confluyen en la cláusula NMF son cuatro: Estado concedente, Estado del contribuyente beneficiario, la promesa de trato de nación más favorecida y tercer Estado, y la regla que se sigue al pactar la NMF consiste en señalar que en virtud del convenio celebrado entre el Estado concedente y el Estado del contribuyente beneficiario, el Estado concedente se obliga a dar al Estado del contribuyente beneficiario el trato de nación más favorecida en caso de llegar a suscribir un nuevo convenio con un tercer Estado en donde se pacten mejores condiciones a las negociadas en el convenio inicial.

La mayoría de los Estados que conforman la región latinoamericana han pactado cláusulas NMF en sus CDI, las cuales presentan diferencias importantes y que llaman la atención en su texto, por lo que en el presente trabajo de investigación se elaboró una tipología agrupándolas en cinco categorías.

Teniendo en cuenta la información recopilada, se realizó una clasificación de las cláusulas NMF de la región latinoamericana en cinco grupos a saber: según el tercer Estado con el que se pacte el nuevo CDI, según la promesa de trato de la nación más favorecida, según la forma de activación de la cláusula, según si las cláusulas NMF están referidas a un mínimo de tributación y según si el que suscribe el nuevo CDI es el Estado del contribuyente beneficiario.

La clasificación realizada pretende contribuir a la identificación de la cláusula NMF en los CDI y de esta manera avanzar en el abordaje de aspectos controvertidos de dicha cláusula en los CDI, que se denotan cuando observamos que las decisiones de los tribunales en relación con esta cláusula no han sido uniformes, por lo que resulta importante que los Estados concedentes según sus circunstancias particulares y los objetivos que buscan con la firma del tratado, determinar si es conveniente incluir este estándar y definir su contenido.

Ahora bien, en este proceso de suscripción de CDI vivido durante las últimas décadas en la región latinoamericana, en torno al cual ha girado el análisis del presente trabajo de investigación, hay que también señalar que el afán de generar confianza jurídica, de blindar y proteger la inversión extranjera, ha dado lugar a lo que los detractores de estos instrumentos internacionales han denominado como una relación de desproporcionalidad, que pone al estado concedente en un nivel de inferioridad y sumisión frente al estado del contribuyente beneficiario para efectos de la cláusula NMF, provenientes en su mayoría de países desarrollados, ante la posibilidad de injerencia y el riesgo de que se ocasionen afectaciones en los procesos de desarrollo propios de sociedades consideradas inferiores en áreas clave como la innovación, ciencia y tecnología.

Aunado a lo anterior, se suman temas como los altos costos de defensa ante los tribunales arbitrales, la exclusividad dada a los contribuyentes beneficiarios de los efectos de la cláusula NMF para demandar ante los tribunales internacionales y el resultado de su ejercicio en laudos arbitrales inconsistentes, ante lo cual los estados concedentes podrían analizar la posibilidad de expedir una normatividad interna especial, que le entregue al estado competencias y habilidades suficientes para arreglar las controversias sin acudir al arbitraje internacional, pero que a su vez salvaguarde el interés público nacional y territorial con facultades claras con las que los contribuyentes de los estados beneficiarios de los efectos de la cláusula NMF cuenten desde el principio, para realizar una adecuada gestión del riesgo y determine de forma precisa y racional sus expectativas legítimas.

Referencias bibliográficas

- Ansari, A., & Raisi, L. (2018). International Standards of Investment in International Arbitration procedure and Investment Treaties. *Jurídicas*, 15(2), 11-35. 10-17151/jurid.2018.15.2.2 [http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas15\(2\)_2.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas15(2)_2.pdf)
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1964. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_31_10.pdf&lang=EFSXP
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1968. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_31_10.pdf&lang=EFSXP
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1972. Volumen II. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1972_v2.pdf
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1975. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1975_v2.pdf
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1976. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1976_v2_p2.pdf
- Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 1978. http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1978_v2_p2.pdf
- Ballesteros-González, J. M. (1977). *Comercio Internacional: igualdad jurídica, discriminación de hecho*. Colección Monográfica Universidad de Granada.
- Cavarretta, G. (2018). *La clausola della nazione più favorita (Classic Reprint)*. Fb&cLimited.
- International Bureau of Fiscal Documentation (Tax Research Platform), <https://www.ibfd.org>.
- Dolzer, R. & Schreuer, Ch. (2008). *Principles of International Investment law*. Oxford University Press, pp. 433.
- García, I. (2013). *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Lang, M. (1998). *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law*. Series on International Taxation, 18. Kluwer Law International: Linde Verlagweien.
- McNair, A. (1986). *Law of Treaties*. Oxford University Press.
- Montserrat, M. (2001). *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*. La Caixa.
- Naciones Unidas. (2009). *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*. Naciones Unidas.
- Organización Mundial del Comercio. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm
- Puente-Muñoz, T. (1965). *La cláusula de nación más favorecida*. Imprenta de la Exema, Castellón de la Plana.
- Schwarzenberger, G. (1945). *The Most Favoured Nation Standard in British State Practice*. British Yearbook of International Law 22.
- Villagra-Cayamana, R. y Villagra-Cayamana, J. A. (2013). *Cláusula de 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 negocios2