

## Una carga molesta para naciones en vías de desarrollo: Cláusula de NMF en tratados impositivos

Por Deepak Kapoor, IRS \*

### Resumen

La cláusula de la nación más favorecida ("NMF") de los convenios para evitar la doble tributación encarna el principio básico de no discriminación y tiene por objeto aportar paridad a las oportunidades empresariales y de inversión entre los países y las jurisdicciones partes en los tratados. La incorporación de disposiciones como las cláusulas de la NMF y de no discriminación en los tratados de tributación pretende promover la equidad entre las partes en los tratados. En el contexto de los tratados de tributación entre países desarrollados y en desarrollo, las cláusulas de la NMF también actúan como herramienta de negociación para contemplar mejores tipos impositivos en los tratados.

Sin embargo, últimamente, estas cláusulas han empezado a manifestar unos efectos negativos en los países de origen, que en su mayor parte son países en desarrollo. Por lo general, no parece que las cláusulas de la NMF estén creando posibles riesgos si son operativas entre dos países con el mismo grado de desarrollo, pero, cuando la relación se establece entre un país desarrollado y otro en desarrollo, donde una parte recibe de la otra más inversiones de las que hace, ese tipo de riesgo es inevitable. Recientemente, se han producido problemas a raíz de diversas interpretaciones de las cláusulas de la NMF por parte de los tribunales que han obligado a los países de origen a ampliar los beneficios de los tipos reducidos y el ámbito de aplicación restringido a los países parte en el tratado con arreglo a las normas de la NMF. Esa clase de interpretaciones beneficiosas han ido más allá del objetivo y el propósito básicos de las cláusulas de la NMF.

A tenor de causas judiciales que han tenido lugar recientemente en Sudáfrica y la India, parece que las cláusulas de la NMF están creando oportunidades de "reducción de impuestos" y están dando lugar a una erosión involuntaria de la base imponible de los países de origen. El problema también radica en la redacción y las formulaciones ambiguas de las cláusulas de la NMF, que finalmente provocan resultados negativos inesperados para los países que están obligados por compromisos futuros. Por consiguiente, en estos momentos, las jurisdicciones de origen necesitan con urgencia un examen exhaustivo de las cláusulas de la NMF existentes en los tratados de tributación, sus relaciones cruzadas y sus posibles efectos secundarios negativos en otros tratados.

\*\*\*

*The Most Favoured Nation ("MFN") clause in double taxation avoidance conventions epitomises the basic principle of non-discrimination and intends to bring parity in business and investment opportunities among treaty partner countries and jurisdictions. Inclusion of provisions like MFN and non-discrimination clauses in tax treaties are intended to promote equity among treaty partners. In the context of tax treaties between developed and developing countries, the MFN clauses also act as negotiating tools to bargain for better treaty tax rates.*

*However, lately these clauses have started demonstrating disadvantageous effects for the source countries, which are mostly developing countries. The MFN clauses generally do not appear to be creating potential risks if they are operational between two equally developed countries but when the relationship is between a developed and developing country, where one partner receives more investments from the other than it makes, such risks are inevitable. Lately, problems have started arising due to various interpretations of the MFN clauses by the courts forcing the source countries to extend benefits of reduced rates and restricted scope to treaty partner countries under the MFN rules. Such beneficial interpretations have gone beyond the basic objective and purpose of the MFN clauses.*

*In light of recent court cases in South Africa and India, it appears that the MFN clauses are creating opportunities for "reduced taxation" and leading to unintended erosion of tax base of source countries. The problem also lies with the ambiguous drafting and formulations of the MFN*

\* Deepak Kapoor pertenece al lote de 2011 de Servicios por ingresos en India. Actualmente, su puesto es el de Comisario conjunto de impuestos por ingresos en la Junta Central de Impuestos Directos (CBDT), Ministerio de Finanzas, Gobierno de la India. Trabajó en el área de política fiscal del CBDT, que implica compromisos multilaterales y bilaterales con los EE. UU., países europeos y países isleños del Caribe en el campo de Acuerdos para evitar la doble tributación (DTAA), Acuerdos de intercambio de información fiscal (TIEA) y resolución de disputas internacionales, en virtud del Procedimiento de Acuerdo Mutuo (MAP). También abordó el Instrumento Multilateral (MLI) y la preparación de texto resumido del MLI y tratados impositivos de la India. Representó a la India en varios foros impositivos internacionales, incluido el Foro sobre la administración impositiva (FTA), OECD, París y las partes trabajadoras del OECD en convenios de tratados impositivos.

Las opiniones expresadas en el artículo son las opiniones personales del autor y, de ninguna forma, representan las opiniones del Gobierno de la India.

*clauses, which eventually leads to unexpected negative outcomes for countries who have bound themselves with the future commitments. Therefore, a comprehensive review of existing MFN clauses in tax treaties, their cross connections and possible negative spill over effects to other treaties is the urgent need of the hour for the source jurisdictions.*

\*\*\*

*L'inclusion dans les conventions en matière de double imposition d'une clause de la nation la plus favorisée («NPF») est une incarnation du principe fondamental de la non-discrimination et vise à permettre aux pays signataires de tirer également parti des perspectives en matière de commerce et d'investissement. L'objectif de dispositions telles que les clauses NPF et de non-discrimination dans les conventions fiscales est de favoriser l'équité entre les différents pays signataires. Dans les conventions fiscales conclues entre pays développés et pays en développement, les clauses NPF servent également d'outils de négociation pour obtenir de meilleurs taux d'imposition.*

*Cependant ces clauses ont aujourd'hui des effets négatifs pour les pays de source des revenus, qui sont pour la plupart des pays en développement. Lorsqu'elles sont appliquées entre deux pays également développés, les clauses NPF ne constituent pas, généralement, une source de danger potentielle, mais lorsque la convention est conclue entre un pays développé et un pays en développement, où l'un des pays reçoit plus d'investissements de l'autre qu'il n'en réalise, le danger est réel. De fait, des difficultés sont apparues récemment en raison d'interprétations divergentes de ces clauses par les tribunaux, qui ont contraint les pays source à appliquer, sur la base des termes contenus dans la clause NPF, un taux d'imposition plus avantageux que celui prévu dans la convention fiscale et à modifier son champ d'application, remettant en cause l'objectif et l'utilité même des clauses NPF.*

*Il ressort des procédures judiciaires intentées en Afrique du Sud et en Inde que les clauses NPF peuvent aboutir à une réduction de la fiscalité et entraîner une érosion involontaire de la base d'imposition des pays de source des revenus. Le problème réside également dans la rédaction et la formulation ambiguë des clauses NPF, qui entraînent des répercussions négatives inattendues pour les pays ayant pris des engagements dans le cadre de ces conventions. Il est aujourd'hui urgent pour les pays source de procéder à un examen approfondi des clauses NPF figurant dans les conventions fiscales existantes, de la manière dont elles s'articulent entre elles et des retombées négatives qu'elles pourraient avoir sur d'autres conventions.*

### Resumen para legisladores

Últimamente, los países de origen, en su mayoría países en vías de desarrollo, comenzaron a enfrentar consecuencias negativas de las cláusulas de la Nación Más Favorecida (NMF/NMF), principalmente, debido a problemas de interpretación relacionados con estas disposiciones en los tratados tributarios. Si la interpretación se encuentra de conformidad con el objetivo y el propósito de la cláusula de NMF que un país de origen aceptó al momento de las negociaciones, la implementación de una tasa menor del impuesto o el alcance restringido, en virtud del principio de NMF/NMF, sería una consecuencia natural. Recientemente, en el caso de *Concentrix*, el Alto Tribunal de Nueva Delhi interpretó la cláusula de NMF del tratado impositivo entre India y Países Bajos al dictaminar que el tercer estado debe ser miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) en la fecha de la aplicación del tratado, independientemente del hecho de si era un miembro de OECD o no cuando concluyó el tratado relevante con el estado de origen. En el contexto de la India, dichas interpretaciones están volviendo vulnerables los tratados con Eslovenia, Lituania y Colombia, ya que las tasas menores de tributación de dividendos en estos tratados podrían importarse muy fácilmente en otros tratados al aplicar el principio de NMF con base en la interpretación de que, al momento de reclamar un tratamiento beneficioso, estos países eran miembros del OECD, más allá del hecho de que no lo eran al concluir los tratados con India. Por lo tanto, la principal necesidad para los legisladores del país de origen es realizar una evaluación integral del impacto de cláusulas de NMF existentes, conforme el tipo de interpretaciones que exponen posibles peligros para la base imponible de dichos países. Los legisladores también necesitan revisar estas cláusulas de NMF con respecto a sus formulaciones y la relevancia actual, para que puedan prevenirse dichas interpretaciones liberales, contrarias al objetivo y el propósito de las cláusulas de NMF. También existe una necesidad urgente de revisar el origen de la retención de las tasas fiscales de tratados vulnerables al elevarlas a niveles óptimos para limitar el alcance interpretativo de las cláusulas de NMF y que el beneficio de tasas menores y alcances restringidos en virtud de las reglas de NMF se otorgue donde realmente se lo necesita.

De manera similar, en el caso *ABC Proprietary Limited*, el Tribunal Fiscal de Sudáfrica, al interpretar la cláusula de NMF del tratado Sudáfrica-Suecia, interpretó que, ante la ausencia de referencia explícita a un "contrato futuro" en dicha cláusula de NMF, el trato beneficioso también se puede importar de "contratos pasados", lo cual era contrario al objetivo y el propósito básicos de la cláusula de NMF. Por lo tanto, además de una reevaluación de los problemas de interpretación, borradores y formulaciones no ambiguas de las cláusulas de NMF también son requisitos clave para los legisladores. Los países de origen que contienen cláusulas de NMF en sus tratados impositivos deben reevaluar los efectos negativos de propagación de estas cláusulas y se los insta urgentemente a reformularlas para eliminar ambigüedades de interpretación. Los legisladores de los países de origen que se encuentran en proceso de negociar las cláusulas de NMF deben ser muy cuidadosos al delinear los perfiles de dichas cláusulas, ya que las elecciones que toman hoy pueden limitar sus futuros objetivos de políticas.

Asimismo, los legisladores deben tomar cuidados extremos con respecto a cualquier cambio planteado en la legislación impositiva nacional y su interacción con obligaciones de tratados del país, en virtud de cláusulas como NMF. De hecho, antes de realizar cambios previstos a la legislación impositiva nacional, deben prever los posibles riesgos, en virtud de las cláusulas de NMF, y realizar modificaciones donde se considere necesario. Los ejemplos citados en este artículo indican cómo surgieron el problema de la NMF y su efecto de propagación negativo, después de las modificaciones en la legislación impositiva nacional, en donde el sistema de tributación de dividendos se modificó del régimen de Impuestos de distribución de dividendos (DDT) al sistema clásico de tributación de dividendos.

## 1. Introducción:

En el campo del comercio internacional y las relaciones económicas internacionales, el principio de la Nación Más Favorecida (NMF/NMF) es la base de la política comercial no discriminatoria. En la Organización Mundial de Comercio (OMC), el principio de NMF/NMF encuentra lugar en el Artículo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), el Artículo 2 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Artículo 4 del Acuerdo sobre aspectos de derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS).<sup>1</sup> De manera similar, el trato del NMF/NMF es una cláusula común en diferentes acuerdos de comercio multilaterales (por ej., el Tratado de Libre Comercio de América del Norte: NAFTA) y tratados de inversión en todo el mundo. El principio subyacente es, si un país amplía el trato favorable a otro país en un asunto en particular, en virtud de un acuerdo dado, este debe brindar a las otras partes del acuerdo similar tratamiento en relación a ese asunto.

En líneas similares, la cláusula de NMF en tratados impositivos también pretende promover la no discriminación y la igualdad en oportunidades comerciales y de inversión entre países socios del tratado. La cláusula de NMF no constituye un artículo de tratado independiente en los convenios impositivos del modelo y los tratados impositivos. Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OECD, y la Convención Modelo de Doble Tributación de las Naciones Unidas (ONU) entre países desarrollados y en vías de desarrollo no cuenta con disposiciones de NMF estándar. Estas disposiciones generalmente son el resultado de negociaciones entre socios del tratado y, a menudo, suelen encontrar lugar en artículos específicos o más generalmente en el protocolo del acuerdo. Por lo tanto, al leer un tratado impositivo, el protocolo, que es parte integral del tratado, nunca debería ignorarse, ya que las disposiciones aceptadas en el mismo pueden cambiar toda la asignación de derechos fiscales entre los estados contratantes. El principio de NMF garantiza que un socio de tratado en un acuerdo no está sujeto a un trato menos favorable que el trato ofrecido a otros socios del tratado en acuerdos similares. De esta forma, las cláusulas de NMF generalmente pretenden aportar paridad, no discriminación e igualdad de oportunidades entre socios del tratado. Sin embargo, los beneficios de la cláusula de NMF también dependen del hecho de si el acuerdo es entre dos países con el mismo nivel de ingresos o de otro tipo. Recientemente, las disposiciones de NMF en los tratados impositivos entre países desarrollados y en vías de desarrollo comenzó a demostrar efectos desfavorables para las jurisdicciones de origen. En este artículo, se intenta ofrecer, en primer lugar, una descripción general de las disposiciones de NMF, sus formulaciones y su aplicación; y, en segundo lugar, un enfoque especial en los peligros y posibles riesgos de las cláusulas de NMF a la luz de algunos juicios clave del tribunal en Sudáfrica e India que aportan interpretaciones preocupantes de las "cláusulas de NMF" para países de origen. Asimismo, con el enfoque en la red de tratados impositivos de la India, existen inquietudes con respecto a cómo las cláusulas de NMF tienen el potencial de crear oportunidades para la "tributación reducida" y cómo estas disposiciones en los

tratados impositivos expondrán a los países de origen al riesgo de erosión de la base imponible a gran escala.

## 2. La cláusula Nación más favorecida: una excepción, no un principio general

En el contexto de los convenios para evitar la doble tributación, la cláusula de NMF no es un principio general, sino una excepción. El principio de NMF no forma parte de las disposiciones del modelo en virtud de los Modelos de Convenios tributarios; por lo tanto, los países no suelen adoptar estas reglas en sus tratados impositivos, como es el caso en los acuerdos de comercio. En virtud del principio de NMF en tratados tributarios, como excepción, generalmente, un país de origen se compromete a ofrecer un trato por igual a dos contribuyentes no residentes con respecto a elementos muy específicos del ingreso (habitualmente, dividendo, interés, regalía y tarifas por servicios técnicos/TST) cubiertos por los tratados impositivos relevantes. En este momento, una gran cantidad de tratados impositivos alrededor del mundo contienen la cláusula de NMF de alguna forma u otra. La ilustración más común es cuando el estado contratante ofrece un trato de NMF a residentes del segundo estado; básicamente, se vincula con un compromiso futuro de que, siempre que firme un acuerdo similar con un tercer estado y ofrezca un trato beneficioso a ese tercer estado al limitar sus derechos de tributación con respecto a tasas fiscales reducidas/alcance restringido/deducciones/gastos, debe ofrecer un trato beneficioso similar a la jurisdicción de la NMF.

Existe una serie de variaciones en la elaboración de estas cláusulas, ya que son consecuencias de las negociaciones entre los socios del tratado. Algunas cláusulas de NMF disponen que el tercer estado debe ser un estado miembro de la Unión Europea, por ej., en el Acuerdo de Prevención de la Doble Tributación entre Suiza y Albania (DTAA por sus siglas en inglés), mientras que otras requieren que el tercer estado sea miembro de OECD, por ej., en el DTAA entre India y Suiza. Otras no establecen una categoría específica de tercer estado y, simplemente, mencionan que el tercer estado puede ser "cualquier nación", independientemente de su membresía al OECD. De manera similar, con respecto a la aplicación, algunos tratados establecen explícitamente que la cláusula de NMF se activará automáticamente (por ej., DTAA entre Argentina y Bélgica), mientras que, otros requieren intimación/consulta bilateral entre las autoridades competentes de los estados contratantes con respecto a la aplicabilidad de la cláusula de NMF (por ej., DTAA entre Chile y Argentina). Asimismo, algunas cláusulas de NMF requieren la presentación de notificaciones explícitas a tal efecto por el estado de origen (por ej., el DTAA entre India y Finlandia). De esta forma, con respecto a la aplicabilidad de la cláusula de NMF, se pueden observar los siguientes requisitos más comunes de procedimiento en todos los tratados impositivos:

- Activación automática de la cláusula de NMF.
- Requisito de intimación por la jurisdicción de origen.
- Requisito de notificación específico.
- Consulta/negociaciones/revisión del artículo para la aplicación de la cláusula de NMF.
- No se nombran los procedimientos para la aplicación de la cláusula de NMF.

Con respecto a flujos de ingresos cubiertos en virtud de la cláusula de NMF, además de los elementos más comunes de ingresos, como ser, dividendo, interés, regalías y TST, algunas cláusulas de NMF abordan otros aspectos de la tributación también cubiertos por el acuerdo para permitir la deducción de gastos en virtud del Artículo 7 (Ganancias comerciales), la tributación de ingresos del negocio de transporte y envío aéreos, y cuestiones relacionadas con el umbral de Establecimientos Permanentes (PE).

### 3. La cláusula de NMF está creando una oportunidad de tributación reducida y erosión de la base imponible?

Las cláusulas de NMF en tratados impositivos, elaboradas con el propósito de una política de no discriminación entre socios del tratado, comenzaron a suscitar efectos de propagación inesperados y negativos, lo cual expone a las jurisdicciones de origen a un riesgo de tributación reducida y erosión de sus bases imponibles. Los peligros de las cláusulas de NMF se presentaron en un problema de tributación de dividendos entre Sudáfrica y Países Bajos en 2019. De manera similar, en 2021, estos peligros se demostraron nuevamente en un caso que implicaba la tributación de dividendos entre India y los Países Bajos. Los detalles de ambos casos se analizan brevemente en los párrafos siguientes.

#### 3.1 La experiencia sudafricana:

El Tribunal Fiscal de Sudáfrica pronunció una sentencia el 12 junio de 2019, en la que interpreta la cláusula de NMF dispuesta en virtud del DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos en favor del contribuyente y ordena al Servicio de Ingresos de Sudáfrica (SARS) que reintegre todos los impuestos retenidos en el ingreso de dividendos de los socios de Países Bajos durante el período relevante, incluido el interés acumulado desde el 1.º de abril de 2012. El caso adjudicado, *ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS (Caso N.º 14287)*, fue entre *ABC Proprietary Limited* (ABC), un contribuyente residente en Sudáfrica, cuyas acciones fueron retenidas por una empresa residente en Países Bajos y el Comisario para el SARS. En abril de 2012, la empresa ABC declaró dividendos y pagó el impuesto de retención (WHT) de origen a una tasa del 5 % en estos pagos, de conformidad con las disposiciones del DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos (modificadas por un protocolo en el año 2008). No obstante, en los siguientes años, ABC y sus socios de Países Bajos adoptaron una perspectiva de que su responsabilidad de pagar impuestos por ingresos de dividendos es de 0 % en Sudáfrica, en virtud de la aplicación del párrafo 10 (cláusula de NMF) del Artículo 10 (Dividendos) del DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos. En consecuencia, el contribuyente solicitó reembolso por parte del SARS de todos los impuestos abonados (incluido el monto del interés). Esta interpretación de la cláusula de NMF por el contribuyente traería consecuencias no planeadas por el SARS. Aunque SARS rechazó las objeciones del contribuyente en 2016, en 2019 el Tribunal Fiscal de Sudáfrica interpretó la cláusula de NMF en favor del contribuyente y ordenó al SARS reintegrar todos los impuestos retenidos junto con el monto del interés al contribuyente. De esta forma, la activación de la cláusula de NMF despojó a Sudáfrica de su derecho a cobrar impuestos por los dividendos declarados

por una empresa residente a los socios de Países Bajos. Es probable que el SARS haya apelado esta sentencia ante los altos tribunales del país.

Para comprender cómo se activó la cláusula de NMF y cómo su efecto de propagación condujo a un resultado desastroso para el SARS, es importante analizar los detalles más profundamente. El presente caso es un clásico recordatorio a los negociadores de cómo la presencia o ausencia de una sola palabra o frase en tratados impositivos, en particular, en cláusulas delicadas como NMF (que vincula su política fiscal para el futuro), puede generar resultados no deseados y desastrosos. Las decisiones que se toman hoy, pueden limitar las opciones de políticas fiscales futuras para los países. En este caso, tres DTAA que Sudáfrica había celebrado con Países Bajos, Suecia y Kuwait, crearon una trama de interpretaciones para la cláusula de NMF. Aproximadamente en 2006, Sudáfrica tomó una decisión de sustituir el sistema de impuesto por dividendos abonado por las empresas residentes por un sistema en el que la responsabilidad de pagar impuestos por dividendos pasó a ser del beneficiario (socio). Durante este proceso, Sudáfrica identificó a un número de socios para revisar los DTAA existentes, incluidos Países Bajos, Suecia y Kuwait. Con Países Bajos y Suecia, se concluyeron las negociaciones para modificar el protocolo y el acuerdo revisado dispuso el 5 % de WHT para el dividendo de participación y el 15 % para otras categorías de dividendos, en vigencia desde el 28 de diciembre de 2008 y el 18 de marzo de 2012 respectivamente. No obstante, el protocolo para modificar el DTAA entre Sudáfrica y Kuwait (firmado en 2004 y en vigencia desde 2006) no podía entrar en vigencia mientras el Tribunal Fiscal de Sudáfrica estaba adjudicando el presente caso. De hecho, conforme la base de datos de IBFD, la entrada en vigencia de dicho protocolo de modificación con Kuwait aún está pendiente.<sup>3</sup> El DTAA existente entre Sudáfrica y Kuwait<sup>4</sup> de 2006 exime la tributación basada en el origen de dividendos en virtud del párrafo 1 del Artículo 10:

*“Los dividendos abonados por una empresa residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante que es el propietario beneficiado por dichos dividendos será tributable únicamente en ese otro Estado contratante.”*

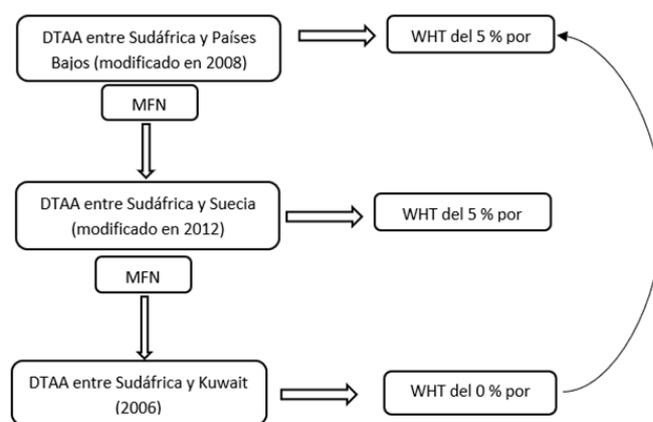
Esto significa que habrá una tributación del 0 % en Sudáfrica si una empresa residente de Sudáfrica paga dividendos a socios residentes en Kuwait.

#### **Interacción de las cláusulas de NMF en el caso de ABC Proprietary Limited:**

En este caso, el contribuyente adoptó la postura de que las cláusulas de NMF dispuestas en dos de los DTAA de Sudáfrica con los Países Bajos y Suecia se deberían leer en conjunto, lo cual le da al contribuyente derecho al trato más favorecido, documentado en el DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos (tratado relevante) y, así, reduce a cero su responsabilidad fiscal por pagos de dividendos en Sudáfrica.

La Cláusula de NMF	
<p><b>DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos</b></p> <p><b>Artículo 10 (10)</b></p> <p>Si, en virtud de cualquier convenio para evitar la doble tributación concluida <b>después de la fecha de finalización de este Convenio</b> entre la República de Sudáfrica y un tercer país, Sudáfrica limita su tributación por dividendos, conforme lo contemplado en el subpárrafo a) del párrafo 2 de este Artículo, a una tasa menor, incluida la exención de tributación o la tributación en función de una base imponible reducida, que la tasa dispuesta en el subpárrafo a) del párrafo 2 de este Artículo, la misma tasa, la misma exención o la misma base imponible reducida dispuesta en la convención con ese tercer estado se aplicará automáticamente en Estados contratantes en virtud de esta Convención, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la convenio con ese tercer Estado.</p>	<p><b>DTAA entre Sudáfrica y Suecia<sup>5</sup></b></p> <p><b>Artículo 10 (6)</b></p> <p>Si cualquier acuerdo o convenio entre Sudáfrica y un tercer estado dispone que Sudáfrica deberá eximir de dividendos fiscales (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) que surjan en Sudáfrica o limitar el impuesto cobrado en Sudáfrica por dichos dividendos (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) a una tasa menor que la dispuesta en el subpárrafo (a) del párrafo 2, dicha exención o tasa menor se aplicará automáticamente a dividendos (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) que surjan en Sudáfrica y sean propiedad de un beneficiario residente de Suecia, y dividendos (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) que surjan en Suecia y sean propiedad de un beneficiario residente de Sudáfrica, en virtud de las mismas condiciones aplicadas si dicha exención o tasa menor se había especificado en ese subpárrafo.</p>

De conformidad con la cláusula de NMF presente en el DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos, las tasas de dividendos dispuestas en virtud del DTAA entre Sudáfrica y Suecia se volvieron aplicables en el presente, ya que el acuerdo modificado con Suecia había finalizado **después de la fecha de finalización** del DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos. Esta interpretación fue justa en lo que respecta a la formulación de la cláusula de NMF. Si bien el contribuyente, en este caso, fue un paso más allá para interpretar la cláusula de NMF para la tributación de dividendos en el DTAA de Sudáfrica y Suecia, que dispuso que, si algún acuerdo entre Sudáfrica y un tercer estado establece la exención o una tasa menor para la tributación de origen de dividendos, el mismo trato beneficioso se aplicará automáticamente al DTAA entre Sudáfrica y Suecia. De esta forma, al aplicar dicha cláusula de NMF, el contribuyente buscó un trato beneficioso en virtud del DTAA entre Sudáfrica y Kuwait, que dispone la exención de la tributación de origen en ingresos por dividendos. El hecho es que el DTAA de Kuwait entró en vigencia en 2006, es decir, mucho antes de que el DTAA de Suecia (2012). Sin embargo, una diferencia esencial entre la cláusula de NMF en el DTAA de Países Bajos y el DTAA de Suecia fue la ausencia de las palabras **“después de la fecha de finalización de esta convención”** en el DTAA de Suecia. De esta forma, la interpretación fue que (en lo que respecta a la cláusula de NMF con Suecia), si otro estado contratante obtiene un trato beneficioso (**existente o en el futuro**), entonces, esos beneficios también se aplicarán a Suecia. Finalmente, en este caso, dicha interpretación fue ratificada por el Tribunal Fiscal de Sudáfrica y se pronunció en favor del contribuyente. El SARS argumentó en el Tribunal que *el contribuyente ahora está explotando un hecho completamente inesperado, imprevisto y desafortunado para rehusarse a pagar el impuesto en Sudáfrica, a pesar del hecho de que las partes contratantes (Sudáfrica y Países Bajos) nunca pretendieron que esto ocurra. Las consecuencias son potencialmente desastrosas a nivel financiero para Sudáfrica.*<sup>6</sup> No obstante, para Sudáfrica, este desastre ocurrió.



De esta forma, en el caso anterior, el Tribunal Fiscal de Sudáfrica, al interpretar la cláusula de NMF del DTAA entre Sudáfrica y Suecia, *sostuvo que los residentes de Suecia deben recibir el mismo trato preferencial que aplica cualquier otra parte contratante con Sudáfrica, independientemente de cuándo los residentes de dicho estado obtienen dicha preferencia, es decir, más allá de si fue antes o después de la finalización del acuerdo con Suecia. Cuando finalizó el acuerdo con Suecia, los residentes de Kuwait ya contaban con trato preferencial y, por lo tanto, los residentes de Suecia tenían derecho al mismo trato*<sup>7</sup> (se añade énfasis). Consecuentemente, se afirmó que el mismo trato también estaba disponible para los residentes de Países Bajos en virtud de la cláusula de NMF del DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos. Es interesante observar que, cuando Sudáfrica negoció la cláusula de NMF con sus homólogos neerlandeses, seguramente esperaban un futuro contrato. De manera similar, cuando finalizó la cláusula de NMF con Suecia, la intención debió ser la de un compromiso futuro con el trato preferencial; de lo contrario, ya habrían acordado tasas beneficiosas disponibles en el DTAA de Kuwait, el cual ya existía cuando se estaba negociando el DTAA de Suecia. Probablemente, a continuación, se vino la cláusula de NMF pretendida en el DTAA de Suecia<sup>8</sup> (se añade énfasis en negrita con motivo de ilustración):

*“Si, en el futuro, cualquier acuerdo o convenio entre Sudáfrica y un tercer estado dispone que Sudáfrica deberá eximir de dividendos fiscales (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) que surjan en*

*Sudáfrica o limitar el impuesto cobrado en Sudáfrica por dichos dividendos (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) a una tasa menor que la dispuesta en el subpárrafo (a) del párrafo 2, dicha exención o tasa menor se aplicará automáticamente a dividendos (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) que surjan en Sudáfrica y sean propiedad de un beneficiario residente de Suecia, y dividendos (de manera general o con respecto a categorías específicas de dividendos) que surjan en Suecia y sean propiedad de un beneficiario residente de Sudáfrica, en virtud de las mismas condiciones aplicadas si dicha exención o tasa menor se había especificado en ese subpárrafo.*

Si se hubiese dado el caso anterior, es decir, si la cláusula de NMF en el DTAA entre Sudáfrica y Suecia hubiera incluido estas tres palabras, “*en el futuro*”, la situación habría sido diferente. El trato preferencial que disfrutaran los residentes de Kuwait no se habría aplicado a los residentes de Suecia y, consecuentemente, los residentes de Países Bajos tampoco tendrían derecho a un trato preferencial mediante la aplicación de la cláusula de NMF en el DTAA entre Sudáfrica y Países Bajos. Por otro lado, si el SARS hubiera logrado finalizar el protocolo de modificación con Kuwait (quitando la exención del impuesto de origen por dividendos) y ponerlo en vigencia antes de que el problema anterior los enfrentara, este efecto de propagación desastroso a nivel financiero de la cláusula de NMF podría haberse evitado. Por lo tanto, la pregunta básica es hasta qué punto las cláusulas de NMF son útiles para jurisdicciones de origen. Puede que hayan tenido relevancia como herramienta de negociación en el pasado, pero, en la actualidad, estos compromisos futuros en virtud de las cláusulas de NMF están comprobando ser fuerzas poderosas que conducen a los países de origen al abismo.

### 3.2 La experiencia de la India:

El 22 de abril de 2021, el Alto Tribunal de Nueva Delhi pronunció una sentencia, considerada la primera de su clase, en el caso de *Concentrix Services Netherlands BV WP (C) 9051/2020* y *Optum Global Solutions International BV WP (C) 882/2021*<sup>9</sup> (“Caso de *Concentrix*”) y sostuvo que el dividendo abonado por la empresa india a sus socios neerlandeses es imponible a una tasa del 5 % de impuesto de retención al importar una tasa menor del impuesto por dividendos en el DTAA entre India y Eslovenia, en virtud de la cláusula de NMF presente en el DTAA entre India y Países Bajos (que dispone un impuesto de retención del 10 % por pago de dividendos de conformidad con el Artículo 10 de dicho tratado). El departamento fiscal de la India argumentó enfáticamente contra la invocación de la cláusula de NMF disponible en el DTAA entre India y Países Bajos, basándose en el hecho de que, en dicho caso, no se cumple con todos los criterios de dicha cláusula de NMF. Según el departamento fiscal, la condición básica para que el tercer estado (Eslovenia) “sea miembro del OECD” debe cumplirse no solo al momento de la aplicación de dicho tratado, sino también en el momento en que India había firmado el tratado con Eslovenia. Por lo tanto, el departamento fiscal sostuvo que, debido a que Eslovenia no era miembro de OECD cuando el tratado se firmó con India, la cláusula de NMF del DTAA entre India y Países Bajos no se aplica en este caso. El tribunal rechazó este argumento y se presentó una decisión en favor del con-

tribuyente al dictaminar que la condición del tercer estado de ser miembro del OECD se debe cumplir al momento de reclamar el beneficio de NMF, no al momento de firmar el tratado con el tercer estado en cuestión. Esta interpretación ambulatoria de la cláusula de NMF, que parece ir más allá de la intención básica de la cláusula de NMF en dicho tratado, será muy bienvenida por inversores extranjeros, en particular, por inversores neerlandeses y muchos otros con derecho a la condición de NMF, de conformidad con tratados de la India en los que son posibles interpretaciones similares.

La tributación de dividendos ha tomado el centro de la escena en la India después de que la Ley de Finanzas de 2020 haya abolido el Impuesto por distribución de dividendos (DDT) de conformidad con la Sección 115-O de la Ley de impuesto por ingresos de 1961 por dividendos declarados, distribuidos o pagados por la empresa nacional, la cual entra en vigencia a partir del 1.º de abril de 2020. Ahora bien, en India, se reintrodujo el sistema clásico de tributación por dividendos, en virtud del cual no se requiere a las empresas nacionales abonar el DDT, y, actualmente, los ingresos por dividendos son imponibles en manos de los destinatarios (socios) a sus tasas fiscales aplicables. Esto condujo a diferentes instancias; como consecuencia, ahora, los contribuyentes están explorando las formas y los medios para obtener tasas fiscales muy beneficiosas, en virtud de los tratados impositivos de la India, al adoptar la vía de las cláusulas de NMF, siempre que esté disponible. Este artículo no abordó los detalles del caso de *Concentrix*. El Alto Tribunal de Nueva Delhi (HC) debió haber considerado otros aspectos de la interpretación de la cláusula de NMF antes de adjudicar el caso. Estos aspectos, a saber, la interpretación de la frase “*que es un miembro del OECD*” por el Tribunal resultan en una aplicación retrospectiva y discriminatoria de las disposiciones de NMF, el hecho de que el Tribunal se basa en un decreto unilateral emitido por el Gobierno de los Países Bajos, la aplicación del principio de interpretación común al basarse en una interpretación unilateral que ofrece el decreto de los Países Bajos, y la violación del principio de buena fe, son abordados por el autor en un artículo separado, titulado “*Applicability of NMF Clause on Dividends: Does Delhi HC settle the dust?*” publicado el 5 de mayo de 2021.<sup>10</sup> No obstante, aquí, el enfoque es en la forma en que las disposiciones de NMF se están convirtiendo, cada vez más, en una bomba de tiempo para países en vías de desarrollo.

#### Interacción de la cláusula de NMF en el caso de *Concentrix*:

La cláusula de NMF presente en el subpárrafo 2 del párrafo IV del protocolo del DTAA entre India y Países Bajos (1988) aborda dividendos, intereses, regalías, tarifas por servicios técnicos o pagos por el uso de equipos y estados en virtud de:<sup>11</sup>

*“Si, después de la firma de este convenio, en virtud de cualquier Convenio o Acuerdo entre la India y un tercer estado miembro del OECD, la India debe limitar su tributación en el origen de dividendos, intereses, regalías, tarifas por servicios técnicos o pagos por el uso de equipos a una tasa inferior o un alcance más restrictivo que la tasa o el alcance dispuestos en este Convenio sobre los elementos de los ingresos, entonces, a partir de la fecha en la que el convenio o acuerdo relevante de la India entra en vigencia, la misma tasa o alcance dispuestos en ese convenio o acuerdo sobre dichos elementos de los ingresos, también se aplicará en virtud de este Convenio”*

(Se añade énfasis)

La disposición citada anteriormente es la formulación más común de la cláusula de NMF disponible en los tratados impositivos de la India. Es un hecho que, después de la firma del DTAA entre India y Países Bajos en 1988, la India celebró el DTAA con Eslovenia, el cual entró en vigencia en 2005 (siempre que haya una tasa de impuesto inferior del 5 % por pagos de dividendos). Eslovenia no era miembro del OECD en ese momento; posteriormente, se volvió miembro del OECD en 2010. En dicho caso, el Alto Tribunal de Nueva Delhi dictó que, debido a que Eslovenia es miembro del OECD al aplicarse el tratado, el trato beneficioso con respecto a la tributación de dividendos, disponible para los residentes de Eslovenia en virtud del DTAA entre India y Eslovenia, también debería estar disponible para los residentes neerlandeses en virtud de la cláusula de NMF en el DTAA entre India y Países Bajos. El Tribunal dictaminó que la cláusula de NMF será aplicable a partir de la fecha en la que el tercer estado se vuelva miembro del OECD, lo cual es una interpretación errónea de las disposiciones establecidas en la cláusula de NMF, que determinan que el trato beneficioso entrará en vigencia a partir de la fecha en la que el tratado con el tercer estado entre en vigencia. El problema principal en dicho caso que se debatió en el tribunal fue si el tercer estado necesita ser miembro del OECD al finalizar el tratado relevante o simplemente necesita ser miembro del OECD en la fecha de aplicación del tratado. Observando el objetivo y el propósito de la cláusula y la intención de los negociadores en ese momento, si Eslovenia hubiera sido un miembro del OECD al momento de ejecutar el tratado, es muy poco probable que India hubiera aceptado una tasa menor del 5 %. India habría aceptado tasas similares según lo acordado con otros países miembro del OECD en ese momento. De esta forma, aceptar una tasa menor con Eslovenia fue una decisión consciente de la India, tomada después de una consideración debida dada a la cláusula de NMF existentes (y su objetivo y propósito) en otros tratados de la India. Por lo tanto, dicha interpretación y su alcance más amplio por el Alto Tribunal de Nueva Delhi va más allá del objetivo y propósito básicos de la cláusula de NMF, no cumple con el principio de buena fe de *"Pacta sunt seroanda"*<sup>12</sup>, contemplado en el Artículo 26 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, y resulta en la aplicación discriminatoria de las disposiciones. Es un principio comúnmente aceptado de interpretación de que los tratados deberían ser de libre interpretación, pero dicha interpretación liberal no debería ser contraria al objetivo y propósito básicos de las disposiciones de NMF.

Sin profundizar sobre los argumentos y contraargumentos en el caso de *Concentrix* en el Alto Tribunal de Nueva Delhi, es fundamental mencionar que la frase *"tercer estado que es miembro del OECD"*, en las disposiciones de NMF de la India, seguramente creará muchos litigios y debates en el futuro. Asimismo, la fuerte confianza en el decreto unilateral neerlandés<sup>13</sup> por parte del Alto Tribunal de Nueva Delhi en su sentencia es otro precedente judicial que alentará a otros socios del tratado de India a emitir estos decreto/interpretaciones unilaterales de las cláusulas de NMF. En particular, además de Países Bajos, el gobierno francés también implementó un decreto unilateral similar. El boletín oficial francés de finanzas públicas e

impuestos<sup>14</sup>, publicado por la Direction Générale Des Finances Publiques (DGFIP), Ministerio de Finanzas de Francia, el 4 de noviembre de 2016, se refiere al tratado de India con Eslovenia para una interpretación similar de la cláusula de NMF en el DTAA entre India y Francia. Estos decretos son interpretaciones unilaterales y no constituyen un entendimiento compartido entre los socios del tratado. Aquí, es importante basarse en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados (VCLT), que establece la regla general de interpretación y declara que un tratado se debe interpretar de buena fe, de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en su contexto y en función de su objeto y propósito. El Párrafo 2 del Artículo 31 del VCLT (reproducido a continuación), si bien explica el "contexto" con motivo de interpretación, resalta claramente que la explicación unilateral o los instrumentos no se pueden usar para la interpretación de tratados, a menos que el mismo haya sido aceptado por la otra parte<sup>15</sup>:

*"2. El contexto para el propósito de interpretación de un tratado abarcará, además del texto, incluido su preámbulo y anexos:*

*(a) cualquier acuerdo relacionado con el tratado celebrado entre todas las partes en relación con la finalización del tratado;*

*(b) cualquier instrumento realizado por una o más partes en relación con la conclusión del tratado y aceptada por las otras partes como instrumento relacionado con el tratado".*

(Se añade énfasis)

De esta forma, las interpretaciones unilaterales y las explicaciones de la cláusula de NMF a través de los decretos mencionados, que no se hayan aceptado expresamente por el socio del tratado no se deben usar con el propósito de interpretación de los tratados. Por lo tanto, estos decretos unilaterales no tienen valor vinculante cuando se trata de una interpretación de tratados, a menos que se haya aceptado por el otro socio del tratado. Pero una pregunta que debe tenerse en cuenta es, si un Alto Tribunal en la India puede basarse en la interpretación unilateral de la perspectiva neerlandesa en su sentencia, ¿no sería recomendable que India también emita una circular o aclaración como expresión de su comprensión e interpretación de la cláusula de NMF? Esto puede no resolver el problema, pero, al menos, desalentará a los Tribunales de basarse en interpretaciones unilaterales y puede obligar a considerar ambos lados de la cuestión. Por el momento, la sentencia del Alto Tribunal de Nueva Delhi permanecerá aquí y los inversores extranjeros se beneficiarán de esta interpretando favorablemente las cláusulas de NMF. Resta ver si el departamento fiscal de la India desafió esta sentencia ante la Corte Suprema de la India y cómo este problema concluirá en última instancia.

No obstante, estableciendo jurisprudencia en el caso de *Concentrix*, el 4 de junio de 2021, en *Nestle SA W.P. (C) 3243/2021*,<sup>16</sup> el Alto Tribunal de Nueva Delhi volvió a invocar la cláusula de NMF en virtud del DTAA entre la India y Suiza, y dictaminó que el problema en consideración es abordado por la sentencia de *Concentrix* del Alto Tribunal y, en virtud de la cláusula de NMF, el residente suizo tiene derecho al 5 % de impuestos por dividendos (no el 10 %, según lo dispuesto por el Artículo 10 del DTAA entre la India y Suiza). Es interesante destacar que, al fallar en el caso de

*Concentrix*, el Alto Tribunal, *inter alia*, se basó considerablemente en la interpretación unilateral dada por el Gobierno de Países Bajos en su decreto y basó su sentencia en el principio de interpretación común. No obstante, en el presente caso, el Gobierno de Suiza no emitió ningún decreto y no está disponible en el dominio público la forma en que el socio del tratado de la India interpreta la aplicabilidad de la cláusula de NMF presente en virtud del DTAA entre India y Suiza. En este contexto, es sorprendente observar cómo el Alto Tribunal concluyó que el problema se aborda a través de la sentencia de *Concentrix* y, por lo tanto, el principio de interpretación común también se aplica en este caso.

De esta forma, de conformidad con estas sentencias, tal como están, y si otros tribunales adoptan una interpretación similar, India y otras jurisdicciones de origen con cláusulas de NMF idénticas estarán en peligro y perderán muchos ingresos fiscales debido a la presencia de las disposiciones de NMF en sus tratados impositivos.

#### 4. ¿Deberíamos esperar que ocurra el desastre?

Con las instancias anteriores de resultados inesperados e imprevistos de las cláusulas de NMF en Sudáfrica e India, se hace muy evidente que las cláusulas de NMF en los tratados impositivos de los países que importan capital no son más que desastres a la espera. Las cláusulas de NMF generalmente no generarán posibles riesgos si se encuentran entre dos naciones con el mismo nivel de desarrollo, pero, cuando la relación es entre un país desarrollado y uno en vías de desarrollo, en donde un socio (por ej., India y Sudáfrica en este caso) recibe más inversiones del otro que las que realiza, dichos peligros son inevitables. Si Sudáfrica pudo haber finalizado el protocolo con Kuwait (y eliminado la exención fiscal de origen por pagos de dividendos) y la puso en vigencia mucho antes de afrontar el problema de *ABC Proprietary Limited*, Sudáfrica podría haber evitado la pérdida de su base fiscal. Sin embargo, se entiende que dicho protocolo fue finalizado por el lado de Sudáfrica, pero su ratificación estaba pendiente por el lado de Kuwait. En el caso de Sudáfrica, seguramente habrá otros socios del tratado (países desarrollados) que quieran obtener un trato beneficioso similar, sin impuestos por dividendos por sus inversiones en Sudáfrica al aplicar las disposiciones de NMF existentes, como hizo Países Bajos al recurrir a los tratados como Suecia, en donde la cláusula de NMF supuestamente se aplica (según lo interpretado por el Tribunal Fiscal) tanto a los contratos existentes y futuros como al DTAA de Kuwait, que exime la tributación fiscal del ingreso de dividendos.

En el contexto de tratados impositivos de la India, se multiplicaron los posibles peligros de las cláusulas de NMF después de la sentencia de *Concentrix*. Para comprender las cláusulas de NMF y sus posibles riesgos en la vasta red de tratados de la India, la formulación más común de dicha cláusula en los tratados impositivos de la India se puede examinar en primer lugar:



[Solo para ilustrar, en el Caso del tratado impositivo A-B, la formulación anterior de la cláusula de NMF establece condiciones; que el País A debería haber firmado un convenio, acuerdo o protocolo para evitar la doble tributación con un tercer estado (País C) después de la firma del acuerdo con el País B. El País C debería haber sido miembro del OECD (la condición pretendida es que el País C debería haber sido miembro del OECD al momento de firmar el tratado). Si estas dos condiciones se cumplen, y si el País A redujo su tributación de origen por dividendos, interés, regalías o tarifas por servicios técnicos a una tasa menor a la provista en el tratado impositivo A-B y, de manera similar, limitó el alcance de estos ingresos, la misma tasa reducida y el alcance restringido, según lo dispuesto en el tratado impositivo A-C, se aplicarían al tratado impositivo A-B a partir de la fecha en la que el tratado impositivo A-C entró en vigencia].

En el análisis de la vasta red de tratados impositivos de la India, el siguiente panorama amplio parece abarcar las cláusulas de NMF en 13 tratados impositivos, 9 de los cuales se basan en la condición de que el tercer estado sea miembro del OECD. La mayoría de las cláusulas de NMF no abordan los requisitos de procedimientos para su aplicación (cláusulas de NMF que funcionan automáticamente). No obstante, algunas cuentan con requisitos de intimación/notificación/revisión/renegociación antes de ampliar el trato de NMF al socio del tratado.

S. no.	Países	Cláusula de NMF	Impuesto cubierto	Beneficios cubiertos	Condiciones de tercer estado	Requisitos de procedimiento para la aplicación
1.	Bélgica	Párrafo 1 del Protocolo	Regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Sin abordaje
2.	Finlandia	Párrafo II del protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Exención o tasa menor	Miembro del OECD	Requisito de intimación y notificación
3.	Francia	Párrafo 7 del protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Sin abordaje
4.	Hungría	Protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Sin abordaje
5.	Israel*	Párrafo 2 y 3 del protocolo*	Dividendo, interés, regalía, FTS e impuesto a los PE.	Menor tasa y alcance restringido	Cualquier estado	* Las cláusulas de NMF se eliminaron, consultar notificación de 2017.
6.	Kazajistán	Protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Cualquier estado	Sin abordaje
7.	Países Bajos	Párrafo IV del protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Sin abordaje
8.	Filipinas	Párrafo 4 del protocolo del acuerdo	Empresa de transporte y envío aéreos	Tasa menor o nula	Cualquier estado	Consulta y revisión bilaterales
9.	Arabia Saudí	Párrafo 9 del protocolo del acuerdo	Admisibilidad de deducción de gastos en virtud del Artículo 7	Eliminación de restricciones	Cualquier estado	Revisión bilateral
10.	España	Párrafo 7 del protocolo del acuerdo	Regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Sin abordaje
11.	Suecia	Párrafo 3 del protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Sin abordaje
12.	Suiza	Párrafo 4 del protocolo del acuerdo	Dividendo, interés, regalía y FTS	Menor tasa y alcance restringido	Miembro del OECD	Renegociación requerida para el alcance restringido de la regalía y el FTS
13.	Reino Unido	Artículo 7 (6) del acuerdo	Admisibilidad de deducción de gastos en virtud del Artículo 7	Eliminación de restricciones	Miembro del OECD o estado en una etapa de desarrollo comparable	Consulta bilateral

Fuente: [www.incometaxindia.gov.in](http://www.incometaxindia.gov.in)

**Posibles peligros de las cláusulas de NMF para la India (y demás naciones en vías de desarrollo):**

La condición de que el tercer estado sea miembro del OECD en la cláusula de NMF y su interpretación ambulatoria (como en el caso de *Concentrix*) de que el tercer país no necesita ser miembro del OECD a la fecha de la firma del tratado, conducirá a una situación en la que los socios del tratado con mayores tasas de impuestos por dividendos intentarán obtener el beneficio de reducción de las tasas fiscales al importar tasas fiscales menores de los tres países mencionados a continuación, que no eran miembros del OECD al firmar los DTAA con India, pero se volvieron miembros posteriormente.

Países	Fecha de entrada en vigencia	Membresía al OECD	WHT por dividendos
DTAA entre India y Eslovenia	17 de febrero de 2005	21 de julio de 2010	5 %, 15 % (tasa doble)
DTAA entre India y Lituania	10 de julio de 2012	5 de julio de 2018	5 %, 15 % (tasa doble)
DTAA entre India y Colombia	7 de julio de 2014	28 de abril de 2020	5 % (tasa única)

El DTAA entre Eslovenia y Lituania DTAA ofrece un impuesto por dividendo del 5 % en el dividendo de participación y el tratado con Colombia ofrece una tributación general por dividendos a una tasa del 5 %. De esta forma, estos tres tratados con tasas menores de tributación por dividendos, además del hecho de que todos se convirtieron en miembros del OECD después de firmar el DTAA con la India, los vuelve vulnerables porque el trato beneficioso expresado en tasas fiscales menores en estos tratados podría buscarse por inversores/socios ubicados no solo en Países Bajos sino también en Finlandia, Francia, Hungría, Suecia y Suiza, en virtud de cláusulas de NMF similares en estos tratados. En el caso de los DTAA con Bélgica y España, el dividendo no forma parte del flujo de ingresos cubierto en virtud de la cláusula de NMF, pero cubre regalías y tasas por servicios técnicos (FTS). Otro punto importante es que la aplicación de la cláusula de NMF en el DTAA de Finlandia requiere el envío de una notificación específica para este efecto por la India. El resto de las disposiciones de la NMF en los DTAA mencionados parece funcionar automáticamente con diferentes formulaciones; por lo tanto, se necesitaría una examinación caso por caso. En este contexto, también es relevante mencionar que el departamento fiscal de la India sostiene que las cláusulas de NMF no funcionan automáticamente por su propia naturaleza; no obstante, se requiere una notificación específica en virtud de la Sección 90 de la Ley de impuesto por ingresos de 1961 para que entren en vigor. Sin embargo, en el caso de

*Steria (India) Limited Vs. CIT*,<sup>17</sup> en el que el contribuyente invocó la cláusula de NMF en el DTAA entre India y Francia, y pretendió el beneficio de alcance restringido de FTS al importar la cláusula de “disponibilidad” del DTAA entre India y el Reino Unido, el Alto Tribunal de Nueva Delhi dictaminó que la aplicación de la cláusula de NMF dispuesta en el protocolo del tratado es automática y no se necesita una notificación por separado. El departamento fiscal no aceptó esta sentencia y apeló ante la Corte Suprema de la India, el tribunal de derecho más alto del país.

De esta forma, la interpretación de la cláusula de NMF de manera que los miembros del OECD del tercer estado se tengan en cuenta en la fecha de aplicación del tratado, en lugar de la fecha en la que se firmó el tratado, creará oportunidades de “tributación reducida” y, como India, es probable que otros países de origen también estén en una situación de renunciar a su parte sustancial de ingresos a los que, de lo contrario, habrían aplicado impuestos legítimamente. Esta pérdida de la base imponible es inevitable si no se toman algunas medidas rápidas para contener los efectos de propagación negativos de las cláusulas de NMF en los tratados impositivos.

Otro aspecto que vale la pena analizar es, considerando las interpretaciones por parte del Tribunal Fiscal de Sudáfrica y el Alto Tribunal de Nueva Delhi en los casos abordados anteriormente, si existe la posibilidad de que los inversores globales planifiquen sus cuestiones comerciales y administren/ubiquen su estructura de retención en dichas jurisdicciones, en las que pueden utilizar las cláusulas de NMF para pagar impuestos significativamente menores en los países en vías de desarrollo. Con la introducción del “sistema clásico” de tributación por dividendos en India, los inversores extranjeros se verán tentados a aprovecharse de las cláusulas de NMF para disfrutar la tasa impositiva beneficiosa por pagos de dividendos disponible en los tratados de la India con Eslovenia, Lituania y Colombia. Por otro lado, también es un hecho que, si las empresas multinacional (MNE) realizan dicha planificación de impuestos internacional con el único objetivo de obtener beneficios fiscales, deberán pasar la prueba “Forma” Vs. “Sustancia”, observar reglas nacionales antiabuso (como las Reglas Generales Antielusivas/GAAR) y reglas antiabuso del tratado (como la Prueba de propósito principal/PPT y la Limitación de beneficios/LOB).

La pregunta más amplia es por qué las disposiciones de NMF están conduciendo a estas situaciones desastrosas para países en vías de desarrollo. Y ¿deberían esperar que ocurra el desastre? En función de los dos casos abordados anteriormente, el riesgo de tener cláusulas de NMF en tratados impositivos es mayor que sus beneficios para los países en vías de desarrollo. Con vistas a futuro, si todas estas disposiciones son necesarias, los países en vías de desarrollo que negocian las cláusulas de NMF deben tener máximo cuidado al redactar estas cláusulas y llevar a cabo una evaluación exhaustiva de los impactos de las reglas propuestas en su red de tratados impositivos antes de adoptarlas. Por ejemplo, la ausencia de solo tres palabras (“en el futuro” en la cláusula de NMF del DTAA entre

Sudáfrica y Suecia condujo al Tribunal Fiscal de Sudáfrica a dictaminar en favor del contribuyente y lograr una total exención fiscal por pagos de dividendos para inversores neerlandeses en Sudáfrica en dicho caso. En lo que respecta a India, para evitar el efecto negativo de propagación de las cláusulas de NMF, existe un requisito inmediato de negociar modificando los protocolos con Eslovenia, Lituania y Colombia, elevando las tasas fiscales por dividendos del 5 % a límites razonables (por ej., el 10 %), conforme la política fiscal imperante en la India, de manera que India no pierda su base imponible por la aplicación de las disposiciones del NMF.

Un análisis exhaustivo de todas las cláusulas de NMF en tratados impositivos y la evaluación de sus conexiones cruzadas y efectos negativos de propagación en relación con otros tratados es una necesidad urgente. De hecho, a la larga, los países en vías de desarrollo deberían eliminar las cláusulas de NMF existentes mediante la renegociación de los tratados impositivos relevantes. Asimismo, un análisis detenido de los cambios establecidos en la legislación impositiva nacional y su impacto en los tratados impositivos es muy importante. En los ejemplos anteriores de India y Sudáfrica, el problema de la NMF y su efecto de propagación negativo, surgió después de las modificaciones en la legislación impositiva nacional, en donde el sistema de tributación de dividendos se modificó del Impuesto de distribución de dividendos al sistema clásico de tributación de dividendos.

## 5. ¿El Instrumento Multilateral (MLI) modificará algo?

Debido a que las disposiciones de NMF no son artículos de tratados autónomos, el MLI no tendrá ningún impacto directo en estas, más allá del hecho de que algunos elementos de los ingresos cubiertos en virtud de las cláusulas de NMF se verán afectados por la MLI, siempre que un país haya optado por estas disposiciones. Por ejemplo, el Artículo 8 del MLI introducirá una regla antiabuso al establecer un umbral temporal adicional de “período de retención mínimo de 365 días” para que los socios aprovechen las tasas beneficiosas en virtud del tratado. India optó por esta disposición en virtud del MLI y esto será de una importancia significativa debido al hecho de que, recientemente, India abolió el régimen impositivo de distribución de dividendos e introdujo el sistema clásico de tributación por dividendos en India.

No obstante, en lo que respecta a la posibilidad de abuso del tratado, es decir, la reestructuración por parte de los socios/inversores de sus retenciones y la reubicación y encaminamiento de sus inversiones a través de países en lo que pueden intentar aprovechar las cláusulas de NMF, y si dicha reestructuración se realiza con el único propósito de obtener beneficios fiscales, el MLI, a través de un nuevo texto del preámbulo<sup>18</sup> y la Prueba de propósitos principal (PPT), definitivamente será un importante instrumento antiabuso para contener dichas

prácticas, además de las reglas antielusivas generales, disponibles en la legislación impositiva nacional. El nuevo texto del preámbulo y los PPT son las medidas contra abuso en los tratados, establecidas en virtud de los Artículos 6 y 7 del MLI, como estándares mínimos. Asimismo, el impacto del MLI dependerá del hecho de si una jurisdicción firmó el MLI o no y, de ser signataria, si notificó al otro socio del tratado en virtud de sus Acuerdos impositivos cubiertos (CTA). Por ejemplo, India y Suiza son signatarios del MLI y ambos ratificaron el instrumento, pero Suiza no notificó a India en virtud de sus CTA, mientras que India lo hizo. Por lo tanto, en este caso, inclusive para que se apliquen los estándares mínimos, la negociación bilateral de un protocolo es obligatoria.

El nuevo texto del preámbulo<sup>18</sup> en el MLI que establece el propósito de un tratado impositivo como la “*Intención de eliminar la doble tributación con respecto a los impuestos cubiertos por este acuerdo sin crear oportunidades de no tributación o tributación reducida a través de la evasión o elusión (inclusive a través de arreglos de adquisición de tratados que pretenden obtener medidas cautelares dispuestas en este acuerdo para el beneficio indirecto de residentes de jurisdicciones externas)*”, actuará como elemento disuasivo de prácticas de evasión impositiva y creará oportunidades de “no tributación” y “tributación reducida” (se pone énfasis). De manera similar, en virtud del PPT, si el departamento fiscal concluye de manera razonable que obtener beneficios fiscales era uno de los principales motivos de dicha reestructuración o planificación impositiva, se puede denegar el beneficio del tratado de tasas menores y el alcance ilimitado en virtud de las disposiciones de NMF. Habiendo dicho esto, en la actualidad, este nivel de planificación impositiva internacional por las empresas globales no sería tan sencillo, teniendo en cuenta el hecho de que para crear dicha estructura o arreglo, deberían cumplir con los requisitos “sustancia” y “propiedad beneficiosa”. Entonces, las posibilidades parecen ser raras de que una empresa use una jurisdicción de NMF como vía para encaminar sus inversiones; pero, estas son las situaciones que los países de origen deben anticipar.

## 6. Conclusión:

La experiencia sudafricana e india de problemas que implican tributación de dividendos en virtud de los tratados impositivos, su interacción con disposiciones de NMF y las interpretaciones no favorables por los Tribunales, analizada en los párrafos anteriores, es solo un ejemplo y una indicación de cómo las cláusulas de NMF están comprobando ser una carga molesta para algunos países de origen. ¡Cuanto más rápido se liberen de esto, mejor será!

### Notas:

<sup>1</sup> Disponible en [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>2</sup> *ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS (Caso N.º 14287)*. Consulte <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Judgments/TC/LAPD-DRJ-TC-2019-04-TCIT-14287-CPT-12-June-2019.pdf>.

<sup>3</sup> Plataforma de investigación del Impuesto IBFD. Disponible en [https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/t\\_kw-za\\_01\\_eng\\_2004\\_tt\\_ad1.html](https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/t_kw-za_01_eng_2004_tt_ad1.html).

<sup>4</sup> DTAA entre Sudáfrica y Kuwait. Disponible en <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Agreements/LAPD-IntA-DTA-2012-52-DTA-Kuwait-GG-29815.pdf>.

<sup>5</sup> DTAA entre Sudáfrica y Suecia Disponible en <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Agreements/LAPD-IntA-DTA-2012-73-DTA-Protocol-Sweden-GG-35268.pdf>.

<sup>6</sup> Consulte ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS, supra nota. 2.

<sup>7</sup> Consulte ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS, supra nota 2.

<sup>8</sup> Consulte el tratado impositivo entre Sudáfrica y Suecia, supra nota 6.

<sup>9</sup> *Concentrix Services Netherlands B.V v. ITO (TDS)*, [2021] 127 *taxmann.com* 43 (Alto Tribunal de Nueva Delhi HC)

<sup>10</sup> Disponible en <https://www.taxsutra.com/dt/experts-corner/applicability-mfn-clause-dividends-does-delhi-hc-settle-dust>.

<sup>11</sup> Disponible en <https://www.incometaxindia.gov.in/Pages/international-taxation/dtaa.aspx>.

<sup>12</sup> Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, 1969. Disponible en [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf).

<sup>13</sup> Decreto del 28 de febrero de 2012 [N.º IFZ 2012/54M, Tratados impositivos, India] publicado el 13 de marzo de 2012.

<sup>14</sup> Boletín oficial de finanzas públicas e impuestos [ID Legal: BOI-INT-CVB-IND-20161104] emitido por la Direction Générale Des Finances Publiques (DGFIP) de Francia el 4 de noviembre de 2016.

<sup>15</sup> Consulte la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados de 1969, supra nota 13.

<sup>16</sup> Copia de la sentencia *Nestle SA Vs. Círculo de funcionarios de evaluación (tributación internacional)-2(2)(2), Nueva Delhi*, disponible en <https://delhihighcourt.nic.in>.

<sup>17</sup> *Steria (India) Ltd. Vs. CIT [2016] 72 taxmann.com 1 (Alto Tribunal de Nueva Delhi)*.

<sup>18</sup> El texto de LI está disponible en <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.



*El South Centre es la organización intergubernamental de países en desarrollo que ayuda a los países en desarrollo a unir sus fuerzas y competencias para defender sus intereses comunes en los foros internacionales de negociación. El South Centre fue creado por medio del Acuerdo Constitutivo del South Centre que entró en vigor el 31 de julio de 1995. Su sede se encuentra en Ginebra (Suiza).*

Se autoriza la citación o reproducción del contenido del presente informe sobre políticas para uso personal siempre que se indique claramente la fuente y se envíe al South Centre una copia de la publicación en la que aparezca dicha cita o reproducción. Las opiniones expresadas en el presente documento son las de su autor/a o autores/as y no representan la opinión del South Centre o de sus Estados miembros.

Cualquier error u omisión en este documento es responsabilidad exclusiva de su autor/a o autores/as. Para formular observaciones sobre esta publicación, sírvase contactar con:

El South Centre  
International Environment House 2  
Chemin de Ballexert 7-9  
CP 228, 1211 Ginebra 19  
Suiza  
Teléfono: (4122) 791 8050  
[south@southcentre.int](mailto:south@southcentre.int)  
<https://www.southcentre.int>

Siga al South Centre en Twitter: [South\\_Centre](https://twitter.com/South_Centre)



### Informes sobre políticas en materia de cooperación tributaria anteriores del South Centre

No. 6, January 2019 – Illicit Financial Flows: Conceptual and Practical Issues by Hon. Irene Ovonji-Odida and Algresia Akwi-Ogojo

No. 7, February 2019 – Developing Countries and the Contemporary International Tax System: BEPS and other issues by Marcos Aurélio Pereira Valadão

No. 8, July 2019 – Improving Transfer Pricing Audit Challenges in Africa through Modern Legislation and Regulations by Thulani Shongwe

No. 9, September 2019 – Gender, Tax Reform and Taxation Cooperation Issues: Navigating Equity and Efficiency under Policy Constraints by Mariama Williams

No. 10, November 2019 – Addressing Developing Countries' Tax Challenges of the Digitalization of the Economy by Monica Victor

No. 11, February 2020 – The Role of South-South Cooperation in Combatting Illicit Financial Flows by Manuel F Montes

No. 12, September 2020 – Base Erosion and Profit Shifting in the Extractive Industries by Danish and Daniel Uribe

No. 13, February 2021 – Making the UN Tax Committee more effective for developing countries by Abdul Muheet Chowdhary

No. 14, June 2021 – The Tax Sovereignty Principle and Its Peaceful Coexistence with Article 12B of the UN Model Tax Convention by Kuldeep Sharma, ADIT (CIOT, UK)

No. 15, June 2021 – Conceptualizing a UN Multilateral Instrument by Radhakishan Rawal

No. 16, Julio de 2021 – Artículo 12B: una solución del tratado tributario del Comité sobre Cooperación Internacional en Cuestiones de Tributación de la ONU para la tributación de ingresos digitales por Rajat Bansal