

Insuficiencia de la cláusula de no discriminación en la aplicación de los Convenios de Doble Imposición: el caso de las fusiones*

§1 Mientras la realidad va determinando el contenido y los perfiles de las normas, estas, a su vez, van configurando el devenir de la realidad. Ambas están estrechamente relacionadas y son interdependientes. En este sentido, una norma emanada en el marco de unas coordenadas socio-culturales y económicas determinadas para regular unas relaciones jurídicas específicas debe ser modificada cuando dicho contexto cambia o cuando lo hacen las relaciones que tal disposición ordena. De otro modo se abre una falla entre realidad y norma de la que emergen múltiples conflictos jurídicos que se evitarían o recibirían una solución más justa si ambos conceptos estuvieran ajustados uno al otro.

El modelo de convenio de doble imposición sobre renta y patrimonio de la OCDE (en adelante, MC OCDE) vio la luz, después de un largo proceso de gestación, hace ya más de treinta años. Fruto del denodado trabajo de los técnicos y de las negociaciones entre los estados miembros de la organización, en 1977 se aprobó este texto consonante con el entorno socio-económico en el que se desenvolvían entonces los países occidentales. Desde aquel momento y hasta ahora se han celebrado cientos de convenios para evitar la doble imposición internacional, y combatir el fraude, que se inspiran en este documento. Con buen sentido jurídico, guiados por el ritmo de la realidad socio-económica que el MC OCDE contempla, durante estos años los estados miembros de la OCDE han introducido en el texto modificaciones que preservan su observancia y su funcionalidad.

§2 Entre los artículos que entretienen el MC OCDE y que se han mantenido inalterados desde que se aprobó el documento en 1977 se encuen-

* M^ª Eugenia SIMÓN YARZA, Investigadora en formación. Universidad de Navarra. Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «La coordinación de los distintos niveles de imposición como herramienta para evitar la sobreimposición y la elusión fiscal», DER2012-39342-C03-01, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

tra el número 24, que recoge la cláusula de no discriminación. La disposición no ofrece ninguna definición sino que se limita a describir una serie de conductas que, por su índole discriminatoria, los estados contratantes deben evitar u observar.

Grosso modo, la cláusula: a) prohíbe que un estado contratante dispense a los contribuyentes procedentes de otro estado contratante un trato fiscal menos favorable que el que otorga a los contribuyentes de su propio estado; b) exige a los estados contratantes que, en la determinación de los beneficios fiscales de las empresas del propio estado, los intereses, regalías y demás gastos satisfechos a entidades de otro estado contratante tengan la misma consideración fiscal que la que se otorga a los mismos gastos cuando se pagan a empresas internas; por otro lado, obliga a realizar una estimación fiscal equivalente de las deudas contraídas por empresas nacionales, ya sean los acreedores nacionales o miembros de otro estado contratante; c) impide que las empresas de un estado contratante se vean sometidas a un tratamiento fiscal menos favorable que las demás empresas del mismo estado debido a una presencia mayoritaria en el capital de las primeras de entidades de otro estado contratante.

§3 Desde la aprobación del art. 24 del MC OCDE en el año 1977 hasta el día de hoy la situación del mercado internacional ha experimentado variaciones notables. Uno de los fenómenos que se ha hecho presente en este período y que los estados no pueden obviar a la hora de celebrar acuerdos con otras naciones es el crecimiento exponencial de los flujos económicos entre los distintos países. Tal incremento ha arrastrado consigo una ampliación del espectro de la discriminación fiscal internacional que, por el momento, no se ha visto reflejado en la cláusula del art. 24 del MC OCDE.

Si, a comienzos de los años 80 del siglo XX, casi todos los supuestos de discriminación fiscal internacional quedaban circunscritos dentro de los límites de las fronteras trazadas por el art. 24 del MCOCDE, hoy día ya no es así. En la actualidad se advierten situaciones de discriminación fiscal no contempladas por la cláusula del art. 24. En este sentido, merece una particular atención la interpretación de la no discriminación en el ámbito de la Unión Europea, por la relevante contribución del derecho comunitario a la extensión del libre mercado y por la influencia que este ordenamiento ejerce sobre los convenios internacionales.

§4 El Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), si bien prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad, no define en qué consiste aquella ni presenta una lista descriptiva de conductas discriminatorias. Tampoco recoge el TFUE el signifi-

cado de discriminación fiscal, aunque algunas normas tributarias la prohíben expresamente¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido la ocasión de pronunciarse respecto al concepto específico de discriminación fiscal en diversas ocasiones, contribuyendo con su jurisprudencia a delimitar sus contornos y su contenido.

§5 Las sentencias del Tribunal de Luxemburgo ponen de manifiesto que la discriminación fiscal en el ámbito comunitario rebasa los límites fijados por el art. 24 del MC OCDE. En la Unión Europea la medida del respeto del principio de no discriminación fiscal se define en función de la adecuación de las normas fiscales internas a los principios de libertad de movimiento mercancías, capitales, servicios y personas. Se pueden cotejar abundantes sentencias relacionadas con esta materia.

En el contexto de esta reflexión, me interesa mencionar en particular a la STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, asunto C-319/02. La resolución resolvió una cuestión prejudicial planteada ante el TJCE en el curso de un proceso en el que un residente en Finlandia reclamaba que la Administración tributaria de su país le otorgase, por la tributación de unos dividendos procedentes de Suecia, el mismo crédito fiscal que la ley reconocía por la tributación de dividendos internos. La negativa de la Administración a conceder el crédito se fundamentaba en el art. 32 de la ley finlandesa del impuesto sobre la renta, que corregía la doble imposición de los dividendos a condición de que la entidad que los distribuyese hubiese tributado por obligación personal en Finlandia. El TJCE declaró la incompatibilidad de este artículo con los artículos 56 y 58.3 del TCE², que propugnan la libertad de movimiento de capitales y prohíben las discriminaciones que se opongan a ella.

§6 De lo expuesto hasta aquí se infiere que una norma fiscal de un país comunitario puede establecer una medida que al mismo tiempo sea y no sea discriminatoria. La calificación dependerá de que el marco internacional de referencia sea el ordenamiento comunitario o un CDI con una cláusula de no discriminación como la del art. 24 del MC OCDE. Un ejemplo de régimen cuya valoración a la luz del art. 24 del MC OCDE difiere

1. El TFUE no recoge ni el significado del término «discriminación» en sentido general ni el concepto más específico de «discriminación fiscal» (MIRANDA PÉREZ, Armando, *La no discriminación fiscal en los ámbitos internacional y comunitario*, Bosch: Barcelona, 2005, pg. 191). Si bien la afirmación de este autor es cierta, no se puede perder de vista que en el art. 18 del TFUE se veda cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, y en algunas normas tributarias, como en los arts. 65.3 o 110 del TFUE, se prohíbe claramente la discriminación.
2. Corresponden respectivamente a los arts. 63 y 65.3 del TFUE.

de la que resulta de la aplicación del derecho de la UE lo proporciona la última modificación de la regulación de la eliminación de la doble imposición que recae sobre los dividendos percibidos por contribuyentes sujetos al Impuesto sobre Sociedades en España.

§7 La preocupación por el azote que actualmente desestabiliza los mercados y hace peligrar la subsistencia de las empresas, ha incitado al legislador español a modificar el régimen de la deducción para suprimir la doble imposición de dividendos internos del art. 30.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Esta norma otorga a los sujetos pasivos del IS el derecho a aplicar una deducción del cien por cien de la parte de la cuota correspondiente a dividendos procedentes de sociedades internas en cuyos fondos los sujetos pasivos tengan una participación mínima del cinco por ciento. La deducción se aplica a condición de que la titularidad de la participación se mantenga sin interrupción durante un año³.

Para hacer frente a la crisis económica en la que nos encontramos, muchas empresas se han visto abocadas a realizar operaciones de concentración empresarial. Como consecuencia de estas reestructuraciones, la cuota de participación de los socios en las entidades reestructuradas puede disminuir y reducirse por debajo del umbral mínimo del 5 por ciento requerido por el art. 30.2 del TRLIS para aplicar la deducción total.

Supongamos, por ejemplo, que la entidad A, sujeto pasivo del IS, ha poseído sin interrupción durante más de un año una participación del 9 por ciento de los fondos propios de la sociedad X, valorados en 100.000 u.m. Para reforzar su situación en el mercado, la sociedad X lleva a cabo una operación de fusión con la sociedad Y, cuyos fondos propios ascienden a 125.000 u.m. Como consecuencia de la reestructuración se constituye la sociedad Z, con unos fondos propios valorados en 225.000 u.m. Lo más probable es que el nivel de participación de A en Z no alcance el 9 por ciento, sino tan solo el 4 por ciento.

De acuerdo con la normativa anterior a la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la entidad A tendría derecho a deducir de la cuota de su IS el cien por cien de la parte correspondiente a los dividendos distribuidos por la sociedad X, dado que su participación en esta era superior al 5 por ciento y se había mantenido durante más de un año. Sin embargo, no podría aplicar la deducción del cien por cien por los dividendos procedentes de la entidad Z,

3. El art. 30.2 del TRLIS reconoce también, sin la exigencia de una participación mínima en la entidad que distribuye los beneficios, el derecho a la eliminación total de la doble imposición por los dividendos percibidos de mutuas de seguros generales, entidades de previsión social, sociedades de garantía recíproca y asociaciones.

pues su participación en los fondos de la entidad derivada de la fusión es inferior al referido 5 por ciento.

A fin de atenuar este efecto fiscal desfavorable para los inversores, que puede obstaculizar la ejecución de operaciones de reestructuración empresarial que son necesarias, la Ley 34/2010 ha introducido un nuevo inciso en el apartado 2 del art. 30 del TRLIS. Con esta modificación se extiende el derecho a la deducción total por dividendos a los sujetos pasivos del IS que, como consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, dejen de cumplir el requisito de participación del 5 por ciento, siempre que su participación se mantenga en un nivel mínimo del 3 por ciento y los contribuyentes sigan satisfaciendo el requisito de tenencia ininterrumpida durante un año⁴. La reducción del umbral mínimo de participación requerido hasta el 3 por ciento está acotada en el tiempo. Tan solo se aplica a los dividendos repartidos en los tres años siguientes a la realización de la operación, siempre que en el ejercicio en que se reparten los dividendos no se transmita totalmente la participación o se reduzca por debajo del nivel mínimo de participación del tres por ciento.

§8 Relativamente consciente de sus deberes para con la Unión Europea, el legislador español ha dispuesto que la anterior modificación se aplique igualmente al requisito de la participación necesaria para la exención de dividendos internos repartidos por una sociedad filial residente en España a su sociedad matriz residente en otro Estado miembro de la UE o al EP de esta última situado en otro Estado miembro de la UE⁵. Es decir, una

4. La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 ha extendido el ámbito de la deducción total, al disponer que se aplique la regla del tres por cien también en los casos en que la reducción del nivel de participación derive de una operación realizada en el ámbito de una oferta pública de adquisición de valores.
5. «Estarán exentas las siguientes rentas:
 - h) Los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros, cuando concurren los siguientes requisitos:
 - 1.º Que ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, mencionados en el artículo 2.c) de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y los establecimientos permanentes estén sujetos y no exentos a imposición en el Estado en el que estén situados.
 - 2.º Que la distribución del beneficio no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial.
 - 3.º Que ambas sociedades revistan alguna de las formas previstas en el anexo

entidad europea no integraría en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) los dividendos percibidos de una sociedad residente en España resultante de una fusión en que se den las condiciones

de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003.

Tendrá la consideración de sociedad matriz aquella entidad que posea en el capital de otra sociedad una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 por ciento. Esta última tendrá la consideración de sociedad filial. La mencionada participación deberá haberse mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. En este último caso, la cuota tributaria ingresada será devuelta una vez cumplido dicho plazo.

También tendrá la consideración de sociedad matriz aquella entidad que habiendo tenido el mencionado porcentaje de participación pero, sin haberse transmitido la participación, este porcentaje tenido se haya reducido hasta un mínimo del 3 por ciento como consecuencia de que la sociedad filial haya realizado una operación acogida al régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, o una operación en el ámbito de ofertas públicas de adquisición de valores. Esta consideración se mantendrá dentro del plazo de tres años desde la realización de la operación en tanto que en el ejercicio correspondiente a la distribución de los dividendos no se transmita totalmente la participación o ésta quede por debajo del porcentaje mínimo exigido del 3 por ciento.

La residencia se determinará con arreglo a la legislación del Estado miembro que corresponda, sin perjuicio de lo establecido en los convenios para evitar la doble imposición.

No obstante lo previsto anteriormente, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar, a condición de reciprocidad, que lo establecido en esta letra h) sea de aplicación a las sociedades filiales que revistan una forma jurídica diferente de las previstas en el anexo de la directiva y a los dividendos distribuidos a una sociedad matriz que posea en el capital de una sociedad filial residente en España una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 por ciento, o el 3 por ciento en el caso de una operación acogida al régimen fiscal especial establecido en el Capítulo VIII del Título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, o una operación en el ámbito de ofertas públicas de adquisición de valores, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas en esta letra h).

Lo establecido en esta letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra h)». (Art. 14.1.h) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes de acuerdo con la redacción del art. 70.1 Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.)

anteriormente expuestas (participación igual o superior al 3%, habiendo sido antes titular de un mínimo de un 5% en la entidad fusionada).

La exención del art. 14.1.h) del Texto Refundido de la Ley del IRNR (TRLIRNR) está prevista para las entidades residentes en otros estados miembros de la UE que no perciben los dividendos a través de un EP en España. Si una entidad residente en otro país de la UE recibiese dividendos de una sociedad residente en España por medio de su EP en este país tampoco habría problema de discriminación fiscal, pues en tal caso el TRLIRNR reconoce el derecho a la deducción del art. 30 del TRLIS⁶.

El cambio introducido en el art. 14.1.h) del TRLIRNR es sin duda necesario para que se respete el principio comunitario de no discriminación, pero no resulta suficiente. Para cumplir acabadamente con las obligaciones derivadas de este principio, España tendría que extender el requisito de la participación del tres por ciento al régimen de eliminación de la doble imposición económica de dividendos de los arts. 21 y 32 del TRLIS en la medida en que dichos dividendos proceden de sociedades residentes en la UE y no lo ha hecho.

El precedente de la sentencia *Maninnen* no deja lugar a dudas. La no discriminación fiscal en el ámbito de la UE reclama el respeto a la libertad de movimiento de capitales y exige que, en condiciones similares, se dispense el mismo trato fiscal a los dividendos nacionales que a los procedentes de otro Estado miembro. El Estado español tendrá que ajustar voluntariamente las normas para la eliminación de la doble imposición de dividendos internos al principio comunitario de no discriminación si no quiere asumir el riesgo de verse compelida a hacerlo desde las instancias de la UE.

§9 Si sigue habiendo discriminación en el espacio europeo, mayor es la que produce en relación con Estados que no pertenecen a la Unión Europea, porque la cláusula de los CDI no es tan rigurosa como la jurisprudencia del TJUE. En este ámbito subsiste la discriminación fiscal de los contribuyentes cuando las rentas que perciben proceden de otros estados. Para dejar constancia de esta diferencia, volvamos sobre el art. 30.2 del TRLIS recientemente modificado.

Si dirigimos nuestra atención al ámbito internacional no europeo, podemos distinguir dos supuestos claros de discriminación fiscal en el régimen español de eliminación de la doble imposición económica de dividendos

6. «En la cuota íntegra del impuesto podrán aplicarse: a) El importe de las bonificaciones y las deducciones a que se refieren los artículos 30 al 44 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo». [Art. 19.4.a) del TRLIRNR].

intersocietarios. El primero se refiere al tratamiento previsto para los dividendos distribuidos por una entidad residente en España a una entidad residente en otro estado. El segundo deriva del régimen tributario al que se someten los dividendos que una entidad residente en España percibe de una sociedad residente en otro país.

§10 ¿Qué problema plantea la tributación de los dividendos distribuidos por sociedades residentes en España a entidades residentes en otros estados?

Cuando los dividendos se reparten a un EP de una entidad no residente en España no se acusa ninguna discriminación porque, según el art. 19.4.a) del TRLIRNR, la entidad no residente, al igual que las entidades residentes, puede aplicar la deducción del art. 30.2 del TRLIS.

La discriminación fiscal aparece cuando una entidad residente en otro Estado percibe dividendos de una sociedad residente en España y estos tributan de acuerdo con el régimen fiscal de entidades no residentes sin EP. En este caso la regulación prevista para la entidad no residente es menos favorable que la que se aplica a una entidad residente. Pues, mientras esta última puede eliminar la doble imposición económica que soportan sus dividendos si cumple los requisitos del art. 30.2 del TRLIS, la entidad no residente se ve obligada a sufrir la doble imposición económica en todo caso⁷.

Desde la perspectiva del derecho internacional tributario es razonable que se produzca esta discriminación fiscal, ya que, en supuestos como el que acabamos de señalar la práctica habitual es que la doble imposición se corrija en el país de residencia de la entidad que percibe los dividendos y no en el país donde tales rentas se originan.

La Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, se aparta de esta regla común de derecho internacional que determina la corrección de la doble imposición de los dividendos únicamente en el país de destino. En este sentido, la Directiva exime de retención en el origen los dividendos que una sociedad filial distribuye a su sociedad matriz y, simultáneamente, obliga al estado de residencia de la sociedad matriz a corregir la doble imposición económica de los dividendos⁸.

7. La exención del art. 14.1.h) del TRLIRNR que hemos mencionado más arriba afecta solo las entidades residentes en Estados miembros de la UE y no se extiende a entidades residentes en países no europeos.

8. Estas medidas se orientan a fomentar dentro de la Unión Europea unas condiciones

§11 El segundo supuesto de discriminación fiscal internacional relativo al régimen de eliminación de la doble imposición de dividendos intersocietarios ha entrado en el ordenamiento español de la mano de la modificación de la Ley 34/2010.

El art. 32 del TRLIS otorga a las entidades residentes en España el derecho a deducir el cien por cien de la cuota del impuesto correspondiente a los dividendos que reciban de entidades residentes en otros Estados. Por otro lado, el art. 21 del TRLIS permite a las entidades residentes aplicar la exención de los dividendos que perciban y sean de fuente internacional.

Estas dos medidas son incompatibles entre sí. La entidad que integra en la base del impuesto los dividendos internacionales para luego aplicar la deducción en cuota del art. 32 no puede beneficiarse de la exención del art. 21. Para gozar de la deducción del art. 32 del TRLIS o de la exención del art. 21 del TRLIS, las entidades residentes que perciben dividendos internacionales deben haber poseído sin interrupción durante un año una participación del 5 por ciento en los fondos propios de la sociedad que distribuye los dividendos.

Hasta que se aprobó la Ley 34/2010, el requisito de la participación necesaria para suprimir la doble imposición por dividendos internacionales (arts. 21 y 32 del TRLIS) era igual que el que se exigía para eliminar la doble imposición por dividendos internos (art. 30.2 del TRLIS). En ambos casos era necesaria una participación mínima del 5 por ciento de los fondos en la entidad participada mantenida sin interrupción durante un año.

Tras la aprobación de la Ley 34/2010, cuando los dividendos proceden de una sociedad residente en España el límite del 5 por ciento se puede reducir hasta el 3 por ciento⁹. El límite del 3 por ciento se aplica siempre que el socio hubiese mantenido, antes de la reestructuración, durante un año sin interrupción una participación mínima del 5 por ciento en los fondos propios de la entidad participada y su participación se hubiese visto reducida por debajo del 5 por ciento como consecuencia de una operación de reestructuración acogida al régimen especial del Capítulo VII, Título VII del TRLIS. Nos remitimos en este punto a la explicación desarrollada en el parágrafo 7.

La modificación del requisito de participación necesaria para eliminar la doble imposición derivada de la percepción de dividendos internos no se ha extendido al requisito de participación previsto para la deducción o

análogas a las que se dan en un mercado interior a través de la promoción de la neutralidad fiscal en la creación de grupos de matrices y filiales

9. Cfr. art. 30.2 del TRLIS. La modificación del 30.2 del TRLIS surte efectos en los periodos impositivos iniciados a partir de 1 enero 2011.

la exención por doble imposición de dividendos internacionales. Cuando los dividendos proceden de una sociedad no residente, el nivel de participación mínima para gozar de la exención o de la deducción es invariablemente el 5 por ciento. De este modo se ha introducido una discriminación fiscal entre los contribuyentes, no por la residencia de estos, sino por el origen internacional de los dividendos que perciben.

§12 Pensemos en la calificación que merece, en relación con un país no comunitario y a la luz de la cláusula de no discriminación del art. 24 del MC OCDE, el régimen español de eliminación de la doble imposición que recae sobre las entidades receptoras de dividendos.

Al igual que ocurría desde la perspectiva del derecho comunitario, el juicio que resulta de este análisis es desfavorable desde el punto de vista de la perfecta neutralidad. Pero es importante subrayar que la razón que conduce a observar una discriminación fiscal internacional bajo esta perspectiva no coincide con la que arroja la consideración de la normativa comunitaria.

El art. 24 del MC OCDE prohíbe que un estado otorgue a los contribuyentes de otro estado un trato fiscal menos favorable que el que dispensa a los contribuyentes de su propio estado. Es lugar común admitir que el término «contribuyentes de otro estado» referido a las entidades alude, no solo a la nacionalidad de estas sino también a su estado de residencia.

Pues bien, si se atiende a la cláusula del art. 24 del MC OCDE, el régimen español incurre en una discriminación fiscal internacional porque prevé una regulación de la tributación de los dividendos internos más favorable para las entidades residentes que para las no residentes. Mientras que las entidades residentes en España pueden eliminar la doble imposición económica que recae sobre los dividendos internos que percibe, las no residentes no gozan de ese derecho. Y esta situación se opone al primero de los supuestos establecidos por el art. 24 del MC OCDE¹⁰.

§13 Por otro lado, ya hemos visto cómo, bajo determinadas condiciones, la Ley 34/2010 ha reducido hasta el 3 por ciento el grado de participación requerido para eliminar la doble imposición económica de dividendos percibidos por entidades residentes. El cambio introducido por esta Ley incide únicamente sobre la tributación de los dividendos internos. Cuando las sociedades que reparten los dividendos no son residentes en España, el requisito de participación se mantiene en todo caso en el 5 por ciento.

10. Cfr. art. 24.1 del MC OCDE.

La diferencia en el grado de participación necesario para eliminar la doble imposición, que depende de cuál sea el estado de la fuente de los dividendos, comporta otra forma de discriminación fiscal internacional. Teniendo en cuenta las aspiraciones hoy imperantes de liberalización de los mercados, parece razonable calificar así este mayor rigor con el que España trata los dividendos internacionales que a los internos. Sin embargo, una valoración en este sentido no se encuentra avalada por la cláusula de prohibición de la discriminación del MC OCDE.

El art. 24 del MC OCDE se opone a la discriminación fiscal únicamente cuando esta se puede encuadrar dentro de uno de los supuestos discriminatorios previstos en la cláusula. El establecimiento de un régimen fiscal más favorable para las rentas procedentes del propio estado que para aquellas que se originan en otro país no se encuentra en la lista de conductas calificadas por el art. 24 del MC OCDE como discriminatorias. Por lo tanto, con base en esta cláusula de no discriminación internacional no es posible cuestionar la legitimidad de la diferencia que introduce la Ley 34/2010 entre el régimen de eliminación de la doble imposición económica de dividendos internos y el de dividendos internacionales.

CONCLUSIÓN

§14 Son más de 30 los años transcurridos desde la aprobación del MC OCDE en 1977. Desde entonces hasta hoy, los mercados internacionales han experimentado un notable desarrollo que cuenta con el beneplácito de los estados. Como consecuencia de esta evolución favorable se han multiplicado los puntos de conexión que se pueden establecer entre el ordenamiento de un estado y los elementos económicos de otros estados. El incremento ha ido acompañado de una diversificación de las formas de discriminación fiscal que no están contempladas en la norma del año 77 ni en sus posteriores modificaciones y, por lo tanto, no recaen bajo la prohibición de la cláusula del art. 24 del MC OCDE.

La necesidad de que los CDI celebrados entre Estados contribuyan a resolver los conflictos de discriminación fiscal no contemplados en el art. 24 del MC OCDE reclama una revisión del precepto para contemporizarlo con la realidad. En esta tarea será de gran provecho atender a la experiencia acumulada en el ámbito del ordenamiento europeo que, movido por su interés de preservar las condiciones del libre mercado, propugna un concepto de discriminación fiscal más extenso y más acorde con la realidad que el del art. 24 del MC OCDE.