



**JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE EL IMPUESTO DEL PATRIMONIO.  
ANÁLISIS DEL CASO D<sup>1</sup>**

**FRANCISCO M. CARRASCO GONZÁLEZ**

Doctor en Derecho Tributario Europeo  
Profesor Ayudante en la Universidad de Sevilla  
fmcarrasco@us.es

**RESUMEN**

Sólo en contadas ocasiones el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha analizado una normativa nacional del Impuesto del Patrimonio, desde la óptica del cumplimiento de las exigencias del principio de no discriminación o del respeto de las libertades comunitarias. En julio de 2005, el TJCE ha dictado una sentencia, conocida como *caso D*, con relevantes implicaciones para el Derecho tributario de la Unión Europea. En esta decisión, el TJCE, de un lado, confirma la aplicación, sin matices, de la jurisprudencia Schumacker, no sólo en el ámbito de la imposición personal sobre la renta, sino también del patrimonio. De otro, rechaza la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en los CDIs entre Estados miembros. Mientras que la primera cuestión podía deducirse ya de la jurisprudencia comunitaria, la segunda supone una importante novedad que ha provocado la revitalización de un antiguo debate.

Por tanto, el objeto principal de este artículo lo constituye el análisis de esa resolución, fundamentalmente en lo relativo a la cláusula de nación más favorecida. Así, comentamos en primer lugar la situación previa al *caso D*. Seguidamente, resumimos los hechos y la normativa aplicable, las observaciones presentadas por las partes y las conclusiones propuestas por el Abogado General. A continuación, examinamos detenidamente la decisión adoptada por el TJCE. Para ello, exponemos las principales argumentaciones a favor y en contra de la decisión del TJCE, las cuestiones que aún quedan pendientes y el posible desarrollo posterior de la jurisprudencia comunitaria. Finalizamos con unas reflexiones personales, a modo de conclusiones.

**PALABRAS CLAVE**

Jurisprudencia comunitaria; Impuesto del Patrimonio; Libre circulación de capitales; Convenios de Doble Imposición; Cláusula de la nación más favorecida.

**ABSTRACT**

European Court of Justice (ECJ) has analysed on a very few occasions a national regulation on Wealth Tax, from the perspective of non-discrimination principle and the fundamental freedoms. In July 2005, the ECJ has pronounced a judgement, known as *D case*, which has important consequences for the European Tax Law. Firstly, ECJ confirms that doctrine Schumacker is applicable in the field of Wealth Tax. Secondly, ECJ rejects the most-favoured-nation treatment in intra-EU tax treaty Law. The former conclusion could be deducted from the previous jurisprudence. However, the latter conclusion is a notable innovation which has generated a new debate about an old question.

Therefore, the analysis of the *D case* is the main object of this article. We concentrate principally in the most-favoured-nation clause. In the first section we remark the preceding situation to *D case*. In the second section, we set out the facts and the legal context, the observations submitted to the ECJ and the opinion of the Advocate General. We examine in depth the ECJ's reasoning, the arguments for and against the decision, the still open issues and the future developments. We conclude with some personal thoughts.

**KEYWORDS**

ECJ jurisprudence – Wealth Tax – Free movement of capital – Double Tax Conventions – Most-Favoured-Nation clause.



## 1. LA SITUACIÓN PREVIA AL CASO D.

### 1.1. EN LA TRIBUTACIÓN PERSONAL SOBRE LA RENTA.

Como sabemos, la Unión Europea no persigue directamente la uniformización de los sistemas tributarios de sus Estados miembros, pero sí está entre sus objetivos el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria. Por ello, no se incluye a la fiscalidad entre las políticas comunitarias. Sin embargo, para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, el Derecho primario de la Unión consagra las libertades comunitarias, el principio de no discriminación y la prohibición de ayudas de Estado. Al mismo tiempo, prevé la armonización de los impuestos indirectos.

Para conseguir la integración comunitaria en el ámbito fiscal, las instituciones comunitarias pueden aprobar reglamentos y directivas (integración positiva), o bien, llevar a cabo una integración negativa sobre la base de la exigencia del cumplimiento de las prohibiciones contenidas en los Tratados. Mientras que en el campo de la imposición indirecta, la armonización comunitaria ha sido relativamente fructífera, en la tributación directa, la exigencia de la unanimidad en el Consejo y los recelos de los Estados a ceder parcelas de soberanía en este ámbito, han dado lugar a que la producción normativa haya sido parcial, lenta e intempestiva. En este escenario, el papel del TJCE ha sido fundamental, como impulsor de la supresión de los obstáculos fiscales existentes en las legislaciones nacionales para la realización de las libertades comunitarias.

Así, en el ámbito de la imposición personal sobre la renta, una serie de decisiones jurisprudenciales han suprimido algunos supuestos de discriminaciones encubiertas y restricciones injustificadas en el ejercicio de las libertades comunitarias por los no residentes. Su máximo exponente lo constituye la sentencia Schumacker, pero luego le han seguido otras decisiones como *Gilly*, *Asscher*, *Gerritse* o *Wallentin*<sup>2</sup>. Todas estas decisiones han dado lugar a una jurisprudencia consolidada. En general, la situación de residentes y no residentes no es comparable, de modo que no es discriminatorio que un Estado miembro no permita a un no residente la concesión de determinadas ventajas fiscales recibidas por los residentes. Sin embargo, si el no residente obtiene la mayor parte de sus ingresos en el Estado de acogida, de manera que su Estado de residencia no puede valorar su capacidad económica global y otorgarle los beneficios fis-

cales correspondientes a su situación familiar y personal, el no residente se encuentra en una situación comparable, y por tanto, debe ser tratado igual que un sujeto residente.

### 1.2. EN LA TRIBUTACIÓN PERSONAL SOBRE EL PATRIMONIO.

En cambio, en el ámbito de los impuestos personales sobre el patrimonio, la jurisprudencia comunitaria ha sido mucho más exigua. Ello puede deberse a que sólo en algunos Estados existe un impuesto que grave la titularidad por un sujeto de todo su patrimonio, con deducción de sus deudas, cargas y gravámenes. Al igual que en los impuestos sobre la renta, las legislaciones nacionales sobre el Impuesto del Patrimonio distinguen entre aquellos sujetos residentes que tributan por obligación personal, es decir, por su patrimonio mundial, y aquellos sujetos no residentes que lo hacen por obligación personal, y por tanto, limitando su sujeción al impuesto a los bienes o a los derechos localizados en el Estado de acogida. Esta diferencia objetiva implica que algunas ventajas fiscales estén reservadas exclusivamente a los sujetos residentes. Así pues, también en el ámbito de la tributación sobre el patrimonio, pueden darse discriminaciones entre residentes y no residentes, así como restricciones al ejercicio de las libertades comunitarias.

Con anterioridad al caso *D*<sup>3</sup>, objeto principal de nuestra exposición, varios han sido los asuntos resueltos por el TJCE en el ámbito de la imposición del patrimonio. En primer lugar, debemos referirnos a la sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN*<sup>4</sup>. Los hechos de esta decisión son bastante complejos, por lo que expon-dremos sólo aquellos datos fácticos que interesan en nuestro análisis. *Saint-Gobain ZN* es un establecimiento permanente, situado en Alemania, de una sociedad francesa no residente. A su vez, este establecimiento era titular de participaciones en diversas sociedades, establecidas en Alemania y Estados Unidos. En el ámbito de los Impuestos de Sociedades y del Patrimonio, la Administración tributaria alemana denegó a *Saint-Gobain* determinados beneficios fiscales reservados a las sociedades residentes. En particular, respecto del Impuesto del Patrimonio, rechazó que se excluyera de la base imponible la participación en su filial estadounidense, ya que tal ventaja estaba reservada en la legislación alemana a las sociedades de capital nacionales. *Saint-Gobain* recurrió judicialmente esta decisión, y el tribunal alemán preguntó al TJCE si no era contraria a la libertad de estable-



cimiento. Haciendo uso de su jurisprudencia anterior, el TJCE comenzó argumentando que la situación de las sociedades residentes es objetivamente diferente de la situación de las sociedades no residentes que operan mediante un establecimiento permanente, pues mientras las primeras tributan por obligación personal, las segundas lo hacen por obligación real. Ahora bien, continúa argumentando el TJCE, esta distinción no es pertinente cuando, ya sea en virtud de un convenio o de la ley nacional, se permite que la sociedad residente no tribute por las participaciones en sociedades extranjeras, exclusión de la que no pueden beneficiarse las sociedades no residentes. Asimismo, el TJCE subrayó que las participaciones en filiales extranjeras tributaban en Alemania, con independencia de que su titular fuera una sociedad residente o una no residente que operara mediante un establecimiento permanente. En consecuencia, según el TJCE, ambas entidades se encuentran en una situación comparable, lo que conlleva una diferencia de trato incompatible con la libertad de establecimiento, así como una restricción a la libre elección de la forma jurídica para el ejercicio de las actividades en otro Estado miembro, amparada por aquella libertad. Como puede observarse, el TJCE aplica automáticamente, sin diferenciación ni motivación alguna, el mismo esquema argumental en el Impuesto del Patrimonio y en los impuestos sobre la renta. Es más, en la sentencia, el razonamiento es conjunto para ambos tributos, a pesar de que el juez nacional había preguntado por separado respecto de las ventajas fiscales concedidas en uno y otro impuesto.

Posteriormente, en la sentencia de 13 de abril de 2000, Baars<sup>5</sup>, el TJCE analizó la regulación del Impuesto holandés del Patrimonio, que supeditaba la aplicación de una exención sobre las participaciones sustanciales en una sociedad a que la sociedad participada estuviera establecida en los Países Bajos. En el asunto enjuiciado, el Sr. Baars, residente y nacional holandés, tenía una participación sustancial en una sociedad establecida en Irlanda. La Administración tributaria holandesa denegó la exención de esta participación en la liquidación del Impuesto del Patrimonio y el Sr. Baars recurrió esta decisión alegando que la normativa nacional era contraria a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales. Respecto de la primera libertad, el TJCE señaló que no sólo garantiza el trato nacional en el Estado de acogida, sino que también exige que un Estado miembro no obstaculice el establecimiento en otro

Estado miembro de los nacionales de los Estados miembros que residan en su territorio. En efecto, no se trataba aquí de la existencia de un régimen fiscal diferenciado entre residentes y no residentes, sino de evitar que se descentivara la inversión en otros Estados a través de un régimen tributario más oneroso. El Gobierno holandés alegó que la diferencia de trato se justificaba por la necesidad de preservar la coherencia del sistema tributario, pues limitar la exención a las participaciones en sociedades establecidas en los Países Bajos pretendía evitar una doble imposición económica, que resultaría de gravar los beneficios a través del Impuesto holandés sobre Sociedades y la participación en el Impuesto sobre el Patrimonio. Sin embargo, el TJCE, con buen criterio, se mostró restrictivo respecto a esta justificación. Argumentó que no existe doble tributación pues estamos ante dos impuestos distintos, que gravan índices de capacidad económica diferentes, a dos sujetos pasivos igualmente diversos. Respecto a la restricción de la libre circulación de capitales, el TJCE estimó que ya no era necesario proceder a su examen.

### 1.3. RESPECTO DE LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN Y EL RECONOCIMIENTO DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA.

La única referencia en los Tratados comunitarios a los Convenios de Doble Imposición (en adelante, CDIs) está en el segundo guión del art. 293 TCE. Este precepto, que carece de efecto directo, insta a los Estados miembros —no a las instituciones comunitarias— a entablar negociaciones entre sí a fin de asegurar a sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad, pero no les obliga a llegar a un acuerdo en este sentido, ni les impone cuándo o de qué manera alcanzar este objetivo. Como ha resaltado el TJCE en varias ocasiones, salvo el Convenio 90/436/CEE, sobre la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas<sup>6</sup>, no se ha aprobado ninguna medida, ni de unificación ni de armonización, en el ámbito comunitario, con base en este precepto, ni tampoco los Estados han firmado un convenio multilateral. En este escenario, los Estados han firmado múltiples tratados bilaterales con el objetivo de fijar los criterios de reparto de la renta y del patrimonio (los CDIs), inspirándose en los Modelos existentes (en particular, en el de la OCDE).

La interacción entre CDIs y Derecho comunitario originario está presidida por las ideas de influencia mutua y de complementariedad (Calderón, 2002:



5). Los eventuales conflictos deben resolverse con base en el principio de primacía del Derecho comunitario, aunque también es frecuente que prevalezca la solución convencional en la medida que contribuya a alcanzar los objetivos comunitarios de forma más eficaz. Asimismo, es habitual que el derecho derivado comunitario se remita a las normas convencionales.

Esta interacción entre CDIs y Derecho comunitario ha sido tratada en varias decisiones del TJCE. Así, en la sentencia de 28 de enero de 1986, *Avoir Fiscal*<sup>7</sup>, el TJCE sostuvo que el cumplimiento de los derechos otorgados por la libertad de establecimiento no depende de lo establecido en un Tratado acordado con otro Estado, ni tampoco del principio de reciprocidad. En cambio, en la sentencia de 12 de mayo de 1998, *Gilly*<sup>8</sup>, el TJCE admitió la compatibilidad con el Derecho comunitario de los criterios de reparto de las rentas y del patrimonio, establecidos en un CDI, en particular aquéllos que se inspiran en el Modelo de la OCDE, así como aceptó el método de exención modificada para suprimir la doble imposición. En esta sentencia, el TJCE consideró que los efectos restrictivos a la libre circulación de trabajadores derivaban más bien del nivel de imposición del Estado competente, al no existir una armonización, a nivel comunitario, de los baremos de impuestos directos (Martín Jiménez, 1999: 300). En cambio, en la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *De Groot*<sup>9</sup>, el TJCE consideró que constituía un obstáculo a la libre circulación, no justificado por razones de interés público, la aplicación de una normativa nacional de supresión de la doble imposición, contenida o no en un CDI, que suponga para el contribuyente la pérdida de las ventajas fiscales de naturaleza personal, por el hecho de que ni el Estado de residencia ni el de la fuente tengan en cuenta sus circunstancias personales y familiares. En el caso concreto, se trataba del método de exención con reserva de progresividad, pero el TJCE no rechazó este método en particular, sino una situación en la que se produzca una discriminación o una restricción injustificada a las libertades comunitarias. Finalmente, en la sentencia *Saint-Gobain*, antes referida, el TJCE argumentó que el Estado de acogida, conforme al principio de trato nacional, debe conceder a los establecimientos permanentes de sociedades de otros Estados miembros las ventajas previstas en un CDI concluido con un Estado no comunitario. Según el TJCE, esta obligación no afecta al equilibrio y reciprocidad de los CDIs, ya que no se impone ninguna obligación al país tercero ni se le menoscaba derecho alguno.

Nótese que en este caso se discutía un trato diferenciado entre una sociedad no residente y otra residente. Situación diversa es aquella en la que se comparan las circunstancias entre dos sujetos no residentes de diferentes Estados miembros. En este último caso, el Estado de acogida podría conculcar las libertades comunitarias si aplica un régimen tributario más o menos oneroso en función de cuál sea el origen del sujeto no residente. Se plantea así la aplicabilidad en el Derecho comunitario de la denominada *cláusula de la nación más favorecida*.

En el Derecho internacional general, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados no menciona este tipo de cláusula. Sólo en un informe de la Comisión de Derecho Internacional, elaborado en 1978, a petición de la Asamblea General de Naciones Unidas, se analiza esta peculiar cláusula. Según este informe, el tratamiento de nación más favorecida no se deriva de la prohibición de no discriminación. El mismo informe señalaba que no constaban pruebas de que este tratamiento constituyera entonces una costumbre de Derecho internacional. La cláusula de nación más favorecida se definió por la Comisión de Derecho Internacional en los siguientes términos: «treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than the treatment extended by the granting State to a third State, or to persons or things in the same relationship with that third State»<sup>10</sup>. La Comisión concluyó que, de acuerdo con la regla de la soberanía de los Estados, el tratamiento de nación más favorecida sólo es exigible si así se recoge en el correspondiente tratado internacional.

El Modelo de Convenio de la OCDE no incluye una cláusula de este estilo. Desde 1977 hasta 1992, los comentarios al art. 24, párrafo 55, establecían que el tratamiento de nación más favorecida no era aplicable con carácter general a los CDIs, ya que éstos se basan esencialmente en el principio de reciprocidad. La supresión de este comentario en 1992, sin argumentación, no debe interpretarse como un cambio de criterio, pues la práctica convencional demuestra que existen CDIs en los que se incluye, y otros en los que no. Por lo general, cuando se inserta una cláusula de esta naturaleza en un CDI se debe a que uno de los Estados contratantes era la antigua colonia del otro Estado, o bien, a que las economías de ambos Estados son fuertemente dependientes. En cambio, en el Derecho comercial internacional, los tratados multilaterales firmados (GATT, GATS, TRIPS, NAFTA) incluyen el tratamiento de nación más favorecida.



Por lo que respecta al Derecho de la Unión Europea, los Tratados no incluyen esta cláusula. No obstante, podría argumentarse que el tratamiento de nación más favorecida se deriva de los objetivos y principios de la Unión, y en particular, de las libertades comunitarias. En la doctrina, mientras un grupo de autores se ha mostrado a favor (Van Thiel, 2002: 62), otros han señalado los efectos perjudiciales que puede conllevar su aplicación generalizada (Vogel, 1995: 264; Terra y Wattel, 2001: 97).

En la jurisprudencia, hasta el caso *D*, que analizaremos extensamente en el siguiente apartado, no existía un pronunciamiento claro al respecto. Algún autor –y el Gobierno alemán en la vista oral del caso *D*– ha sostenido que la inaplicabilidad de esta cláusula se deriva ya del apartado 26 de la sentencia de 28 de enero de 1992, *Bachmann*<sup>11</sup>. Sin embargo, como correctamente han señalado otros autores, esa deducción implica sacar de contexto las palabras del TJCE, pues en esa sentencia no se discutía la cuestión del tratamiento de nación más favorecida. Otros autores, mediante un razonamiento *a contrario*, han concluido que de la sentencia *Schumacker* puede deducirse que esta cláusula no se deriva del Derecho comunitario, ya que el TJCE no fundó su decisión en la aplicación del CDI entre Holanda y Alemania, que permitía la aplicación de la tarifa de *splitting*, frente al CDI entre Bélgica y Alemania, que no admitía esta ventaja y que era aplicable al Sr. *Schumacker*, de nacionalidad y residencia belga, pero con ingresos en Alemania. En la sentencia de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft*<sup>12</sup>, el juez nacional inquirió directamente al TJCE sobre la obligación de un Estado miembro de conceder a una sociedad no residente una determinada ventaja fiscal que sí otorgaba, en virtud de los CDIs aplicables, a otras sociedades no residentes de otros Estados miembros, en las mismas circunstancias. Sin embargo, tanto el TJCE, como el Abogado General –que calificó la cuestión de «extremadamente compleja»– declararon la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa nacional por otra causa, evitando así responder a la cuestión planteada. Algún autor ha invocado la sentencia de 15 de enero de 2002, *Gottardo*<sup>13</sup>, dictada en el ámbito de la Seguridad Social, a favor del trato de nación más favorecida. Sin embargo, al igual que sucedía en *Saint-Gobain*, en este caso no se cuestiona una divergencia en el régimen aplicable entre no residentes de otros Estados miembros, por lo que el TJCE aplicó realmente el principio de trato nacional. Según argu-

mentó el TJCE, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a un Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que, al aplicar los Tratados internacionales, ya sea entre Estados miembros o con países terceros, los Estados miembros deben, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 307 TCE, respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. El hecho de que los países terceros no tengan que respetar ninguna obligación con arreglo al Derecho comunitario es irrelevante. Por último, tampoco se aplicó el tratamiento de nación más favorecida sino el principio de trato nacional en las sentencias de 5 de noviembre de 2002<sup>14</sup>, dictadas en el ámbito de la política de transportes, sobre los acuerdos de *Cielos Abiertos* firmados entre EE.UU. y algunos Estados miembros.

## 2. EL CASO D.

### 2.1. HECHOS Y NORMATIVA APLICABLE.

Una vez sintetizada la situación precedente al caso *D*, procedemos a examinar esta sentencia del TJCE, comenzando por el relato de los hechos y del régimen jurídico aplicable. En 1998, el Sr. D residía en Alemania y ostentaba también la nacionalidad de este país. No obstante, su patrimonio se repartía entre Alemania (90%) y los Países Bajos (10%), por lo que quedaba sujeto en este último Estado al Impuesto sobre el Patrimonio, en su modalidad de obligación real, y en condición, por tanto, de no residente. Según la legislación holandesa aplicable, los contribuyentes residentes tributan por el patrimonio mundial del que sean titulares a principios de año, con deducción de todas sus deudas. Asimismo, tienen derecho a una reducción en la base imponible del impuesto (cantidad exenta), que varía en función del estado civil del contribuyente. Por el contrario, los sujetos no residentes quedan sujetos al impuesto holandés únicamente respecto del patrimonio del que sean titulares en los Países Bajos, con deducción de las deudas contraídas sólo en este Estado. En cuanto a la cantidad exenta, según una resolución del Ministerio de Hacienda, los no residentes sólo pueden aplicarla cuando al menos el 90% de su patrimonio se sitúe en Holanda. Asimismo, en virtud del CDI firmado entre los Países Bajos y Bélgica, los residentes en ambos Estados pueden



aplicar todas las reducciones concedidas por el Estado de la fuente a sus propios residentes en atención a su situación familiar, de modo que los residentes belgas sí tienen derecho a la cantidad exenta en el Impuesto del Patrimonio de la cual disfrutaban los residentes en Holanda. En cambio, el CDI entre Alemania y los Países Bajos no concede este beneficio para los residentes alemanes con propiedades en los Países Bajos. Por último, es preciso notar que en Alemania el Impuesto sobre el Patrimonio fue abolido en 1997, a raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal.

Conforme a la legislación en vigor, el Sr. D practicó su liquidación del Impuesto del Patrimonio holandés, para el ejercicio de 1998, y solicitó la aplicación de la cantidad exenta. La Administración tributaria holandesa rechazó esta petición, por lo que el Sr. D recurrió la decisión, invocando el Derecho comunitario. El juez nacional que llegó a conocer del asunto decidió formular varias cuestiones prejudiciales de interpretación al TJCE.

## 2.2. LA DECISIÓN DEL TJCE.

### 2.2.1. LA PRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL: TRASLACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SCHUMACKER.

En primer lugar, el órgano jurisdiccional nacional preguntó si no se oponía a los arts. 56 y 58 TCE, sobre libre circulación de capitales, una legislación nacional que permitía a los residentes la deducción de una cantidad exenta en el Impuesto sobre el Patrimonio, mientras que se la negaba a un sujeto no residente cuya fortuna se encontraba principalmente en el Estado de residencia, cuando además en su Estado de residencia no se exigía un tributo de la misma naturaleza.

Los representantes del Sr. D alegaron que existía un obstáculo a la libre circulación de capitales. En su opinión, la diferencia de trato entre residentes y no residentes no se encuentra justificada por el diverso ámbito objetivo entre la tributación por obligación personal y por obligación real, puesto que esta diferencia se debe a los límites en la competencia fiscal de los Estados miembros. Asimismo, el Sr. D alegó que la jurisprudencia *Schumacker* no es directamente aplicable en este asunto, de modo que carece de relevancia que la mayor parte del patrimonio del contribuyente se localice en su Estado de residencia. El Sr. D parece querer introducir una diferencia entre los impuestos sobre la renta y los que gravan el patrimonio, sobre la base de la mayor movilidad de los

rendimientos frente a la fijación de las propiedades inmobiliarias.

Por el contrario, los Gobiernos de los Estados que presentaron observaciones escritas y la Comisión argumentaron que la diferencia de trato es compatible con el Derecho comunitario, puesto que el Sr. D, no residente y con la mayoría de su patrimonio en Alemania, no se encuentra en una situación comparable a los residentes en Holanda. Invocan así la aplicación de la jurisprudencia comunitaria establecida en el ámbito de los impuestos sobre la renta.

En sus conclusiones, el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer considera que la jurisprudencia sobre libertades comunitarias en el ámbito de los impuestos sobre la renta es aplicable también a la tributación del patrimonio. A estos efectos, subraya que ambos son tributos directos, de naturaleza personal y basados en la capacidad contributiva del contribuyente. Sin embargo, destaca un elemento diferenciador que determina su conclusión final. El Impuesto del Patrimonio no se exige en todos los Estados miembros, por lo que si las propiedades se reparten entre dos Estados, uno de los cuales no exige el Impuesto del Patrimonio, toda la fortuna imponible se encuentra en el otro Estado. En el caso enjuiciado, la abolición en Alemania de este impuesto supuso que al Sr. D sólo se le exigiera en Holanda, donde se localizaba una parte mínima de su patrimonio. El Abogado General sostiene, basándose en la sentencia *Wallentin*, que ello origina que toda la riqueza imponible radique en el Estado de acogida, y que su situación sea equiparable a la de un residente en Holanda. Al igual que ocurría en *Wallentin*, las circunstancias personales y familiares del Sr. D no pueden ser tenidas en cuenta en el Estado de residencia, donde tiene la mayor parte de su patrimonio, puesto que no existe un impuesto similar al holandés. En consecuencia, el Abogado General propuso que el TJCE declarara la vulneración de la libre circulación de capitales por la normativa holandesa. El Abogado General señala que, en particular, se produce una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, respecto del ciudadano holandés que posee un 10% de su patrimonio en Holanda, y que tiene derecho a la cantidad exenta controvertida. Sin embargo, olvida el Abogado General que el residente holandés tributa por su patrimonio mundial, no sólo por ese 10%.

El TJCE no llegó a la misma conclusión en su razonamiento. Al igual que el Abogado General, consideró que la doctrina *Schumacker* era traslada-



ble al ámbito de un impuesto sobre el patrimonio, de naturaleza directa, personal y contributiva, que además se configura, en ocasiones, como complementario del impuesto sobre la renta. Asimismo, el TJCE constató que, por regla general, un contribuyente reside en el Estado en el que se localiza no sólo la mayor parte de sus ingresos, sino también de su patrimonio. Por tanto, la distinción entre residentes y no residentes, y el tradicional examen de comparabilidad también es pertinente en la tributación personal del patrimonio. Corresponde pues al Estado de residencia valorar la capacidad contributiva global y conceder las ventajas fiscales derivadas de las circunstancias personales y familiares, como la cantidad exenta controvertida. Ahora bien, si un no residente, como el Sr. D, sólo posee una parte mínima de su patrimonio en el Estado de acogida, no se encuentra en una situación comparable. Por consiguiente, el TJCE concluyó que la normativa holandesa no restringía la libre circulación de capitales.

Por otro lado, a diferencia de la opinión del Abogado General, el TJCE estableció que era irrelevante que en el sistema tributario del Estado de residencia no existiera un Impuesto sobre el Patrimonio. En estos casos, el Estado de acogida no tiene obligación de conceder al no residente las ventajas fiscales subjetivas que otorga a sus residentes. En este punto, el razonamiento del TJCE, expresado en el apartado 42, es parco y poco claro. El TJCE quiere desmarcarse de la sentencia *Wallentin*. De su argumentación parece desprenderse que son diferentes los supuestos en los que el no residente percibe en su Estado de residencia rentas (o es titular de propiedades) que se declaran exentas, de aquellos otros casos en los que el no residente obtiene ingresos (o posee elementos patrimoniales) que no están sujetos. En el primer caso, el no residente puede hallarse en una situación comparable, que el Estado de acogida debe salvaguardar so pena de incurrir en una discriminación o restricción injustificada, como sucedió en el asunto *Wallentin*. En cambio, en la segunda posibilidad, las situaciones no son comparables, y por eso, no se conculca la libre circulación, como así declaró el TJCE en el caso *D*.

### **2.2.2. LA SEGUNDA CUESTIÓN: RECHAZO DE LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA.**

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, el juez holandés pidió al TJCE que aclarara si debe llegarse a una conclusión diferente por el hecho de que los Países Bajos hayan conce-

dido, mediante un CDI, la aplicación de la cantidad exenta a los residentes en Bélgica, donde al igual que en Alemania, no se exige un Impuesto sobre el Patrimonio, y ello con independencia del volumen de patrimonio del que sean titulares tales residentes belgas en Holanda. En suma, el tribunal holandés está inquiriendo al TJCE si el Derecho comunitario impone la aplicación de la cláusula de nación más favorecida. Adviértase que en la primera cuestión se analizaba un trato diferenciado entre residentes y no residentes, mientras que en esta segunda pregunta se examina la divergencia entre dos sujetos no residentes de otros Estados miembros.

El Sr. D alegó que el trato diferenciado entre los no residentes belgas y los no residentes alemanes constituye una discriminación prohibida por el TCE, la cual no se halla justificada ni por el reparto de competencia fiscal efectuado entre Estados, ni tampoco por la existencia de un trato recíproco, ya que no existe un Impuesto belga sobre el Patrimonio. En cambio, los Gobiernos de los Estados y la Comisión sostuvieron que el Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros que hayan firmado un CDI a extender a todos los residentes comunitarios las ventajas concedidas a sus propios residentes. Igualmente, apuntaron el riesgo que ello supondría en la aplicación de los CDIs presentes y futuros, así como la incertidumbre jurídica que esta ampliación supondría.

El Abogado General estableció en sus conclusiones que la situación del Sr. D no difiere de la de un residente en Bélgica con bienes en Holanda. Sin embargo, mientras que al Sr. D se le deniega la aplicación de la cantidad exenta, al no residente belga se le concede en virtud de una cláusula contenida en el CDI pactado entre Bélgica y los Países Bajos. El Abogado General considera que no se debe producir una aplicación automática de la cláusula de nación más favorecida, es decir, que un ciudadano de otro Estado miembro no tiene derecho al mejor trato fiscal posible. Ahora bien, deben extenderse los beneficios concedidos en un CDI a otro sujeto no cubierto por el mismo cuando ello sea necesario para evitar un obstáculo a las libertades comunitarias, como la que se produce en el caso del Sr. D. Según el Abogado General, no importa que los CDIs estén presididos por las notas de equilibrio y reciprocidad, porque los Estados cuando negocian los CDIs deben cuidar de no introducir pactos que se opongan a las exigencias del mercado interior. Previamente, el Abogado General había establecido que la inexistencia de un impuesto belga sobre el patrimonio



implica que la concesión de la reducción en el impuesto holandés constituya un privilegio sin constra prestación, ni reciprocidad. Finalmente, el Abogado General sostuvo que la aplicación del tratamiento de nación más favorecida cuando resulta necesario para evitar una discriminación o una restricción injustificada no supone un peligro de evasión fiscal, como alegó el gobierno británico, puesto que en realidad no se aplica el estatuto de nación más favorecida, sino las reglas básicas del Tratado, y tampoco se solicita la supresión de controles tributarios, sino un concreto beneficio fiscal.

En esta segunda cuestión la argumentación del TJCE es también opuesta a la del Abogado General. El TJCE insiste en que la situación del Sr. D es diferente de aquéllos casos en que por aplicación del principio de trato nacional, y para evitar discriminaciones entre residentes y no residentes, se ha extendido la aplicación de una disposición de un CDI a un sujeto no residente de otro Estado miembro que no se hallaba cubierto por el CDI (*n. gr. asunto Saint-Gobain*). En efecto, como señala el TJCE, en este caso la comparación debe realizarse entre dos sujetos residentes en Estados miembros diversos (Alemania y Bélgica), con patrimonio en otro Estado miembro (Holanda), por el que tributan como no residentes en ese otro Estado miembro (Holanda). La diferencia entre ambos sujetos no residentes es que el Sr. D no está cubierto por el CDI entre Holanda y Bélgica, mientras que el no residente belga sí está amparado por ese CDI, y disfruta, por tanto, de la reducción controvertida. Para el TJCE, este dato implica que ambos sujetos no estén en una situación comparable, y por tanto, que la diferencia de trato no sea contraria al Derecho comunitario, sino que sea una consecuencia inherente a los CDIs. A diferencia del Abogado General, el TJCE tiene en cuenta el equilibrio general del CDI y estima que no puede aislarse una ventaja concreta del resto de disposiciones del CDI. Así pues, el TJCE está señalando que la inexistencia de un impuesto belga sobre el patrimonio no debe interpretarse como ausencia de reciprocidad. En definitiva, el TJCE declara la no extensión de la disposición del CDI entre Bélgica y Holanda a otros nacionales de un Estado miembro que no es parte de ese CDI.

Finalmente, el órgano jurisdiccional nacional preguntó sobre la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de una normativa nacional que limita el reembolso de las costas procesales cuando el demandante gana el recurso. Como el TJCE contestó negativamente a las dos preguntas anteriores,

y por tanto, fueron desestimadas las pretensiones de la parte actora, el TJCE consideró que ya no era necesario responder a esta tercera cuestión.

### 2.3. COMENTARIO CRÍTICO A LA DECISIÓN DEL TJCE.

Respecto de la primera cuestión prejudicial, el caso *D* ofrece escasas novedades. La aplicación sin matices de la doctrina Schumacker a la tributación del patrimonio se deducía ya de resoluciones anteriores del TJCE (Baars). El único elemento a considerar es el distanciamiento que se produce respecto de la sentencia *Wallentin*, que comentamos páginas atrás. De forma criticable, esta separación se produce sin una argumentación consistente y clara, lo que puede dar lugar en el futuro a especulaciones. Nosotros hemos apuntado la diferenciación entre exención y no sujeción, pero habrá que esperar a nuevas resoluciones del TJCE para comprobar la exactitud de nuestra conclusión.

Desde la óptica del ordenamiento español, la sentencia que analizamos confirma la incompatibilidad con el Derecho comunitario de la normativa reguladora del Impuesto español sobre el Patrimonio, en particular, el art. 28.4 Ley 19/1991. En efecto, al igual que sucede en Holanda, también en España se distingue entre una obligación personal para los residentes, que tributan por su patrimonio mundial, y una obligación real para los no residentes, que sólo tributan por los bienes y derechos situados en territorio español, con deducción de las cargas y deudas que afecten a tales bienes y derechos (arts. 5 y 9.4 Ley 19/1991). Asimismo, únicamente los sujetos que tributan por obligación personal tienen derecho a la aplicación de un mínimo exento. Sin embargo, a diferencia del ordenamiento holandés, en España no se establece la cautela de que el sujeto no residente con una masa patrimonial considerable (en los Países Bajos, el 90%) pueda tributar como un sujeto residente en España, y por tanto, con derecho a la aplicación del mínimo exento. Así pues, el ordenamiento español no salvaguarda aquellas situaciones en las que el sujeto no residente se encuentra en una situación comparable a la de un sujeto residente, llevando a cabo de este modo una restricción injustificada a la libre circulación de capitales. La única salvedad que establece la legislación española es la incluida en el art. 5.1.a).2º pfo. Ley 19/1991, introducida por el RD Ley 3/2000. Esta disposición permite al residente en territorio español que se desplace al extranjero, y pierda la residencia en España, seguir tributando por obligación personal en el impuesto



español, lo que implica que puede aplicarse en su autoliquidación el mínimo exento, como confirma el art. 28.3 Ley 19/1991. Sin embargo, esta norma no cubre todos los supuestos de situaciones comparables entre residentes y no residentes, fundamentalmente, quedan fuera de su ámbito de aplicación aquellos sujetos que nunca tuvieron su residencia en España, pero cuyo patrimonio se ubica mayormente en territorio español.

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, relativa a una eventual aplicación del estatuto de nación más favorecida, la respuesta del TJCE fue largamente esperada por la doctrina, más aún tras la publicación de las conclusiones del Abogado General que, como vimos, defendía su aplicación. Como era previsible, la decisión del TJCE ha dado lugar a abundante literatura en varias revistas especializadas, donde se ha argumentado tanto a favor como en contra de la resolución del TJCE.

De Graaf y Janssen (2005: 187) han defendido la bondad de la decisión del TJCE en el caso *D*. Para estos autores, existe una división de competencias explícita y consciente entre los Estados miembros y la Comunidad, de modo que los Estados retienen el poder en el ámbito de la imposición directa, así como la competencia para concluir CDIs en los que determinen los criterios de sujeción fiscal. En el ejercicio de sus competencias, los Estados deben respetar el Derecho comunitario, pero esta exigencia no debe interpretarse de un modo que erosione considerablemente los poderes que ostentan.

Desde el lado de las críticas, se ha subrayado la posibilidad permitida por la sentencia de introducir discriminaciones entre no residentes comunitarios mediante un CDI firmado entre dos Estados miembros, cuando el mismo trato diferenciado sería claramente contrario al ordenamiento comunitario si se estableciera en virtud de una norma nacional (Van Thiel, 2005: 455; Weber, 2005: 441). Hasta ahora, en la jurisprudencia comunitaria había quedado claro que los Estados quedan supeditados al cumplimiento del Derecho comunitario no sólo cuando aprueban normas internas sino también cuando pactan CDIs entre sí. Sin embargo, la decisión *D* consiente un trato diferenciado entre no residentes comunitarios por el simple hecho de que uno se encuentre amparado por un CDI y el otro no esté cubierto por el CDI, lo que implica, según el TJCE, que ambos no se encuentren en una situación comparable. Con este razonamiento, se permite que el Estado de acogida establezca discriminaciones entre ciudadanos comunitarios resi-

dentados en diferentes Estados miembros, con el simple mecanismo de firmar un CDI. El TJCE subraya así la soberanía fiscal de los Estados, pero no argumenta suficientemente por qué razón exonera a los Estados de cumplir con las obligaciones derivadas de las libertades comunitarias cuando acuerdan un CDI (Dürschmidt, 2006: 210; Schuch, 2006: 8). En nuestra opinión, creemos que el TJCE ha abierto con este razonamiento una vía importante para introducir obstáculos a las libertades comunitarias, con lo que el funcionamiento del mercado interior puede resultar afectado. Schuch (2006: 8) lo ha afirmado con palabras aún más duras: «the ruling in *D* case paves the way for Member Status to immunize ‘smelly’ provisions by simply placing them in bilateral treaties instead of keeping them on the domestic law level. [...] whoever tries to understand this position is doomed to fail, as it can only be seen as a question of logistical technique as to whether to place a provision in a bilateral treaty or in domestic law».

La clave de bóveda del razonamiento del TJCE reside en que la no extensión de los derechos y obligaciones de un CDI a sujetos que no están cubiertos por el mismo es una «consecuencia inherente» a los propios CDIs. Asimismo, no puede aislarse una ventaja determinada del resto del CDI. El TJCE subraya así las ideas de reciprocidad y equilibrio que presiden los CDIs. Esta justificación en sí misma no es inválida. Sin embargo, como ha resaltado Dürschmidt (2006: 212), debe ser objeto de una mayor precisión. En primer lugar, el TJCE ya afirmó en la sentencia *Avoir Fiscal* que el cumplimiento de los derechos y obligaciones que derivan de las libertades comunitarias no puede quedar supeditado a condiciones de reciprocidad. Por otro lado, la existencia de un trato recíproco en el caso *D* es relativo, desde el momento que en Bélgica no existe un Impuesto sobre el Patrimonio. Sólo se podría hablar de una reciprocidad en potencia, o bien, teniendo en cuenta el equilibrio global de los CDIs, de una ventaja que se compensaría exclusivamente con beneficios concedidos en impuestos de distinta naturaleza, esto es, sobre la renta. En tercer lugar, conviene examinar la naturaleza de la disposición contenida en el CDI. En la sentencia *Gilly*, el TJCE afirmó que, a falta de armonización comunitaria, los Estados son libres, en el ejercicio de su soberanía fiscal, para fijar, mediante pacto con otros Estados, los criterios de reparto de las rentas y el patrimonio para suprimir los supuestos de doble imposición. Y en esta tarea es razonable que los Estados se inspiren en la prác-



tica internacional y en el Modelo de la OCDE. Ahora bien, la disposición del CDI entre Bélgica y los Países Bajos, en virtud de la cual los no residentes belgas disfrutaban en Holanda de todas las ventajas fiscales subjetivas concedidas a los residentes no tiene como finalidad determinar qué Estado puede someter a imposición una determinada renta o patrimonio. Como señala Weber (2005: 442), semejante cláusula no tiene como objetivo evitar la doble imposición. No es un contenido propio de un CDI, por lo que la justificación empleada por el TJCE deviene inaceptable. Según Dürrschmidt (2006: 202), habría que distinguir entre reglas de reparto de la jurisdicción tributaria y el ejercicio de estas reglas. Sólo en este último caso, los Estados deben cumplir con las exigencias de las libertades comunitarias, y para evitar restricciones injustificadas a las mismas, puede imponerse el tratamiento de nación más favorecida.

Esta diferenciación entre cláusulas de un CDI que establecen criterios de sujeción y disposiciones que se limitan a otorgar ventajas fiscales fue simplemente ignorada por el TJCE. De Graaf y Janssen (2005: 184) opinan que esta distinción no es sustancial, pues realmente todas las normas de un CDI distribuyen las rentas (o patrimonios) imponibles. Sin embargo, nosotros creemos que esta categorización puede ser útil para limitar los posibles riesgos de la aplicación del tratamiento de nación más favorecida. En efecto, los detractores de esta regla, los Gobiernos y la Comisión, han invocado la denominada *teoría del caos*: si se obligara, en virtud del Derecho comunitario, a los Estados que han firmado un CDI a extender las ventajas que otorgan a los residentes de otros Estados miembros distintos del contratante, se les estaría obligando en realidad a aceptar unas consecuencias no queridas e imprevisibles durante la negociación del CDI, y además, sin contraprestación, lo que tiene evidentes efectos presupuestarios. Ello podría originar la necesidad de renegociar los CDIs actualmente vigentes (De Graaf y Janssen, 2005: 187). Sin embargo, esos efectos indeseados serían mucho menores si la cláusula de nación más favorecida sólo se aplicara respecto de normas que otorgan ventajas fiscales, pero no en los casos de disposiciones que establecen el reparto de jurisdicción tributaria entre los Estados contratantes. Por ejemplo, no se podría obligar a un Estado a aplicar el tipo de gravamen más beneficioso en caso de dividendos, intereses y cánones. Por otro lado, la aplicación de esta regla no sería automática y generalizada, sino como sostuvo el Abogado General

Ruiz-Jarabo Colomer, solamente en la medida que fuera necesario para evitar una discriminación o una restricción injustificada a una libertad comunitaria.

Por último, creemos que la decisión del TJCE puede afectar a principios fundamentales del ordenamiento comunitario. No sólo introduce, como hemos visto, un espacio de inmunidad frente a la restricción de las libertades comunitarias por el sólo hecho de establecerse mediante un CDI, sino que también permite, como ha sostenido Weber (2005: 441), que ante un incumplimiento del Derecho comunitario, un Estado pueda tomarse la justicia por su mano y adoptar tratos diferenciados entre los residentes del resto de Estados miembros por la vía de la negociación de CDIs. Esta práctica podría lesionar el principio de solidaridad entre los Estados miembros (art. 2 TCE) y, desde luego, resulta incoherente con los requisitos de la cooperación reforzada, cuya actual regulación (arts. 43 a 45 TC) exige que la medida acordada no afecte negativamente al mercado interior, ni constituya un obstáculo ni una discriminación entre Estados miembros. Bastaría con la firma de un CDI multilateral para eludir tales condicionantes.

En cualquier caso, el TJCE no ha dicho todavía su última y definitiva palabra acerca de la cláusula de nación más favorecida. En primer lugar, porque restan aún algunas cuestiones sin resolver. Algunos autores (Dürrschmidt, 2006: 213; Vogel, Gutman y Dourado 2006: 87) se han planteado ya qué ocurriría en el caso de que estuvieran involucrados terceros Estados no miembros de la UE, es decir, en situaciones en las que un no residente de un Estado tercero invocara la aplicación del mismo trato que un no residente de otro Estado miembro, o viceversa. En nuestra opinión, la aplicación de la cláusula de nación más favorecida dependerá de si ello es necesario para garantizar las libertades comunitarias, y por tanto, de que la situación esté cubierta por alguna de ellas. Asimismo, en el caso *D* se analiza el tratamiento de nación más favorecida por el Estado de acogida, pero ¿qué sucedería en el caso de que se solicitase este tratamiento al Estado de residencia? Finalmente, advertimos que pronto el TJCE se verá obligado a examinar la cláusula de nación más favorecida en un asunto tributario. Será en el asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, sobre el que se ha publicado ya la opinión del Abogado General. En los apartados 92 a 96, el Abogado General repite el mismo razonamiento que el establecido por el TJCE en el caso *D*. No parece pues que se avecine un cambio de jurisprudencia,



más aún si tenemos presente que en este caso sí se trataba de disposiciones de un CDI cuyo objeto es suprimir la doble imposición.

### 3. REFLEXIONES FINALES

El caso que nos ocupa puede ser analizado desde una óptica más general, no estrictamente jurídica. En un estudio anterior, ya apuntamos los defectos de una producción normativa en la UE a través de la jurisprudencia, sobre todo, desde la perspectiva de la legitimación democrática, así como pronosticábamos una mayor cautela del TJCE en sus futuras decisiones judiciales, fundamentalmente, en los ámbitos en los que rige el principio democrático de autoimposición (Carrasco González, 2005: 196). La sentencia *D* parece confirmar esta previsión. Tras la paralización de la entrada en vigor del Tratado Constitucional y las sucesivas ampliaciones de la UE, quizás el TJCE haya optado por perder conscientemente influencia política a favor de un mayor protagonismo de los Estados, o puede que no esté en condiciones, o no sea el momento apropiado para soliviantar el régimen jurídico de los Estados miembros, como le incitaba a hacer el Abogado General en sus conclusiones. El problema endémico de fondo es el peculiar modo de producción jurídica en el seno del Derecho tributario de la UE, especialmente en el ámbito de la imposición directa. Para los defensores de la sentencia *D*, el Tribunal ha hecho justicia en relación con la distribución de competencias entre ejecutivo, legislativo y judicial (De Graaf y Janssen, 2005: 187). En cambio, los críticos resaltan la débil e insuficiente motivación del TJCE, que no resuelve completamente la cuestión planteada, sino que dará lugar a un sinfín de especulaciones (Schuch, 2006: 8). Nosotros creemos que mientras no se reformen en profundidad los modos de producción de normas jurídicas en el Derecho tributario de la UE, y no se precise con claridad las competencias de los Estados miembros y de las instituciones de la UE en el plano fiscal, este tipo de conflictos continuarán produciéndose. Entretanto no se acometan estas reformas, quizás habría que resucitar propuestas antiguas como la firma de un CDI multilateral entre los Estados miembros, o la elaboración de un Modelo de Convenio para la UE.

Para terminar, insistimos en una idea anterior. El TJCE creyó encontrar una buena justificación en el caso analizado, a saber, el equilibrio y la reciprocidad de los CDIs. En nuestra opinión, cuando los Estados acuerdan este tipo de Tratados también deben respetar escrupulosamente las exigencias

que impone un correcto funcionamiento del mercado interior.

### NOTAS:

<sup>1</sup> Este artículo tiene su origen en una ponencia pronunciada en el Seminario Internacional “A Tributação do Património”, organizado por la Universidade do Algarve, en Faro, y que tuvo lugar el 22 de marzo de 2006. Asimismo, el presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación SEJ2004-07196-C02-02/JURI, del Ministerio Español de Educación y Ciencia.

<sup>2</sup> STJCE 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. I-00225; STJCE 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, Rec. I-03089; STJCE 12 de junio de 2003, *Gerritse*, asunto C-234/01, Rec. I-05933; STJCE 1 de julio de 2004, *Wallentin*, C-169/03, Rec. I-06443.

<sup>3</sup> STJCE de 5 de julio de 2005, *D*, C-376/03, Rec. I-05821.

<sup>4</sup> C-307/97, Rec. I-06161.

<sup>5</sup> C-251/98, Rec. I-02787.

<sup>6</sup> D.O. 20 de agosto de 1990, núm. L 225, págs. 10 – 24.

<sup>7</sup> 270/83, Rec. 00273.

<sup>8</sup> C-336/96, Rec. I-02793.

<sup>9</sup> C-385/00, Rec. I-11819.

<sup>10</sup> Artículo 5 del borrador de Tratado multilateral sobre cláusula de nación más favorecida, que no fue finalmente concluido. Documento A/33/10. Report of the International Law Commission on the work of its Thirtieth session, 8 May - 28 July 1978, Official Records of the General Assembly, Thirty-third session, Supplement No. 10. Disponible en [http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A\\_33\\_10.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/A_33_10.pdf).

<sup>11</sup> 204/90, Rec. I-00249. El TJCE afirmó literalmente: «Es cierto que entre determinados Estados miembros existen convenios bilaterales que admiten la deducción fiscal de las primas pagadas en un Estado contratante distinto del que concede tal ventaja, y reconocen a un solo Estado la facultad de someter a tributación las cantidades debidas por los aseguradores en virtud de sus contratos. No obstante, tal solución únicamente es posible a través de esta vía o mediante la adopción, por el Consejo, de las medidas de coordinación o de armonización necesarias».

<sup>12</sup> C-397/98 y C-410/98, Rec. I-1727.

<sup>13</sup> C-55/00, Rec. I-00413.

<sup>14</sup> C-466 a 469/98, C-471 y 472/98, C-475 y 476/98, I-9427.

### BIBLIOGRAFÍA:

Calderón Carrero, J.M. (2002): “Algunas consideraciones en torno a la interrelación entre los Convenios de doble imposición y el Derecho comunitario europeo: ¿Hacia la “comunitarización” de los CDIs?”, *Documentos IEF*, n. 2.

Carrasco González, F.M. (2005): *El principio democrático de autoimposición en la producción normativa de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia.

De Graaf, A. y Janssen, G. (2005): “The implications of the judgement in the *D* case: the perspective of two non-believers”, *EC Tax Review*, 4, pp. 173 – 180.

Dürschmidt, D. (2006): “Tax Treaties and Most-Favoured-



Nation Treatment, particularly within the European Union”, *Bulletin for International Taxation*, 5, pp. 202 – 214.

Martín Jiménez, A.J. (1999): “¿Hacia una nueva configuración de las relaciones entre el Derecho comunitario y la normativa nacional en materia de imposición directa? El caso Gilly”, *Revista Española de Derecho Financiero*, 102, pp. 291 – 320.

Schuch, J. (2006): “Critical notes on the European Court of Justice’s D case decision on most-favoured-nation treatment under tax treaties”, *EC Tax Review*, 1, pp. 6 – 9.

Terra, B. y Wattel, P. (2001): *European Tax Law*, Kluwers, London – The Hague – New York.

Van Thiel, S. (2005): “A Slip of the European Court in the D case (C-367/03): Denial of the Most-Favoured-Nation Treatment because of Absence of Similarity?”, *Intertax*, 33, 10, pp. 454 – 457.

Van Thiel, S. (2002): *Free movement of persons and income tax law: the European Court in search of principles*, IBFD, Amsterdam.

Vogel, K., Gutmann, D. y Dourado, A.P. (2006): “Tax treaties between Member States and Third States: ‘reciprocity’ in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law”, *EC Tax Review*, 2, pp. 83 – 94.

Vogel, K. (1995): “Problems of a most-favoured-nation clause in intra-EU treaty law”, *EC Tax Review*, 4, 264 – 265.