



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 21 de diciembre de 2016¹

Asunto C-646/15

**Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements
contra
Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs**

[Petición de decisión prejudicial del First-tier Tribunal (Tax Chamber) (Tribunal de Primera Instancia, Sala de Asuntos Tributarios), Reino Unido]

«Derecho tributario — Impuestos directos — Imposición de salida — Aplicación de las libertades fundamentales a un fideicomiso sin personalidad jurídica propia — Proporcionalidad de la imposición de salida pese a que sigue siendo posible la tributación — Imposibilidad de aplazamiento — Relevancia de las variaciones ulteriores de valor — Consideración de una posibilidad de tributación posterior»

I. Introducción

1. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia debe ocuparse, entre otras, de la cuestión de si también un fideicomiso (una forma de organización de tipo fiduciario que se da principalmente en el Reino Unido) puede invocar las libertades fundamentales del Tratado FUE. Hasta ahora, esta cuestión sólo ha sido resuelta (en una situación diferente) por el Tribunal de la AELC.²

2. La cuestión se plantea en relación con la tributación de las ganancias no realizadas (las denominadas «plusvalías latentes») en una forma particular de imposición de salida que se aplica cuando la mayoría de los administradores fiduciarios de un fideicomiso trasladan su residencia al extranjero o cuando se nombra mayoritariamente a administradores fiduciarios con residencia en el extranjero. Sobre la imposición de salida existe ya una abundante jurisprudencia.³ En principio, se trata de un tipo de tributación lícito. La emigración no puede significar que el Estado miembro de origen deba renunciar a su derecho a gravar una plusvalía generada en el marco de su competencia fiscal con anterioridad a dicho desplazamiento.⁴ Y lo mismo ha de suceder con el derecho a corregir una exención fiscal concedida previamente mediante amortizaciones, si con ello se han producido también reservas latentes. Sin embargo, a lo largo del tiempo la jurisprudencia ha ido elaborando ciertos requisitos para la imposición de salida. Esos requisitos han servido de guía también al legislador de la Directiva cuando

¹ Lengua original: alemán.

² Sentencia del Tribunal de la AELC de 9 de julio de 2014, Fred. Olsen (E-3/13, E-20/13, EFTA Court Reports 2014, 400).

³ Sentencias de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 53 y la jurisprudencia allí citada; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 49; de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartados 44 y 45, y de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 46.

⁴ Véase la sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 46.

recientemente ha introducido la imposición de salida incluso con carácter obligatorio en el artículo 5 de la Directiva (UE) 2016/1164⁵ (no aplicable, no obstante, al presente asunto).⁶ Con ello se pone de manifiesto una evolución de la conciencia jurídica en el curso del tiempo que puede tener también efectos *ex post* sobre la valoración jurídica.⁷

3. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia debe decidir si existe también un derecho de gravamen cuando, pese a la emigración, sigue existiendo una cierta posibilidad de tributación por parte del Estado de salida. Asimismo, debe resolver si una realización voluntaria de plusvalías latentes, posterior a la liquidación fiscal pero anterior al vencimiento de la deuda tributaria, puede tener efectos sobre esa apreciación.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. Constituyen el marco jurídico del Derecho de la Unión las libertades fundamentales de los artículos 49 TFUE, 56 TFUE, 63 TFUE y 54 TFUE (anteriormente, artículos 43 CE, 49 CE, 56 CE y 48 CE).⁸ El artículo 54 TFUE regula la aplicabilidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios (en relación con el artículo 62 TFUE) a las sociedades:

«Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.»

B. Derecho nacional

5. Según expone el órgano jurisdiccional remitente, la tributación de las ganancias de capital en el Reino Unido se rige principalmente por la Taxation of Chargeable Gains Act 1992 (Ley sobre la fiscalidad de las ganancias imponibles de 1992; en lo sucesivo, «TCGA»). Con arreglo al artículo 2, apartado 1, de la TCGA,⁹ queda sujeta al impuesto sobre las ganancias de capital toda ganancia imponible obtenida por una persona durante un año fiscal a lo largo del cual ésta haya tenido su domicilio en algún momento en el Reino Unido o durante el cual haya residido de forma regular en el Reino Unido, esto es, haya tenido en dicho Estado su residencia habitual. Con arreglo al artículo 69 de la TCGA, en la versión aplicable a los hechos del procedimiento principal, los administradores fiduciarios deben ser considerados «un órgano único y permanente de personas», diferenciado de las personas que tengan la condición de administradoras en cada momento. Dicho artículo también

5 Directiva del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (DO 2016, L 193, p. 1).

6 El artículo 5 de la Directiva 2016/1164 dispone: «Un contribuyente será gravado por un importe igual al valor de mercado de los activos trasladados, en el momento de la salida de los activos, una vez deducido el valor de estos últimos a efectos fiscales, en cualquiera de las circunstancias siguientes: [...] c) cuando el contribuyente traslade su residencia fiscal a otro Estado miembro [...]»

7 En este sentido se expresó ya Karl Doehring, «Die Wirkung des Zeitablaufs auf den Bestand völkerrechtlicher Regeln», *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.*, Dirección General de la Max-Planck-Gesellschaft, Múnich, 1964, pp. 70 a 89.

8 Desde el punto de vista temporal, son aplicables al presente asunto las disposiciones de los Tratados de la CE. Sin embargo, dado que el contenido de las disposiciones es idéntico, en lo sucesivo utilizaremos la numeración actual para facilitar la comprensión.

9 En su versión vigente en la fecha de los hechos del procedimiento principal.

establece que «se entenderá que dicho órgano tiene su domicilio y reside de forma habitual en el Reino Unido, a no ser que la administración general de los fideicomisos se lleve a cabo fuera del Reino Unido y que los administradores fiduciarios o la mayoría de ellos no tengan domicilio en el Reino Unido o no residan en el Reino Unido de forma habitual».

6. En virtud del artículo 15, apartado 2, de la TCGA, toda ganancia está sujeta al impuesto sobre las ganancias de capital. Entre los activos sujetos al impuesto se engloban todo tipo de bienes intangibles, incluidas las participaciones sociales (artículo 21, apartado 1, de la TCGA).

7. En virtud del artículo 80 de la TCGA, se considera que se produce una enajenación ficticia cuando la mayoría de los administradores fiduciarios de un fideicomiso en un momento dado no tengan su domicilio o no residan de forma habitual en el Reino Unido. En tales circunstancias, se crea la ficción de que, inmediatamente antes, enajenaron determinados «activos concretos» del fideicomiso y los recompraron por su valor de mercado. El impuesto debe abonarse el 31 de enero del año siguiente. Los administradores fiduciarios no pueden optar ni por aplazar el pago del impuesto más allá de esa fecha, ni por pagarlo a plazos.

8. No obstante, según el órgano jurisdiccional remitente, el artículo 87 de la TCGA establece que las ganancias de capital de los administradores fiduciarios que no tengan su domicilio ni su residencia habitual en el Reino Unido deberán imputarse a los beneficiarios en la medida en que éstos reciban pagos de capital. En virtud de dicho artículo, las ganancias de capital de los administradores no residentes se computan como si tales administradores fueran residentes en el Reino Unido. A continuación, el conjunto de los rendimientos de capital se imputa a los beneficiarios que reciban pagos de capital de los administradores fiduciarios. Los beneficiarios que tengan su residencia en el Reino Unido estarán sujetos al pago del impuesto sobre las ganancias de capital por las ganancias vinculadas a los pagos de capital que se les hayan atribuido.

III. Litigio principal

9. Objeto del litigio principal son cuatro fideicomisos cuyos administradores fiduciarios iniciales tenían su residencia en el Reino Unido, aunque posteriormente algunos de ellos fueron sustituidos por otros, de manera que finalmente la mayoría de administradores fiduciarios tenían su residencia en Chipre. Los recurrentes son los actuales administradores fiduciarios (residentes en Chipre) de los cuatro fideicomisos.

10. En 1992, el Sr. Panayi (nacido en Chipre) constituyó los cuatro fideicomisos en beneficio de sus tres hijos y de otros miembros de su familia (en lo sucesivo, «beneficiarios»). Él mismo no es beneficiario de ninguno de los fideicomisos, ni tampoco lo es su mujer mientras él viva. Sin embargo, en su calidad de «protector», se ha reservado la facultad de designar a administradores fiduciarios nuevos o adicionales para los fideicomisos. Los beneficiarios no están facultados para designar a administradores fiduciarios.

11. En el momento en que el Sr. Panayi constituyó el fideicomiso en 1992, tanto él como su mujer y sus hijos residían en el Reino Unido.

12. Previamente había creado en el Reino Unido una empresa de éxito («Cambos»). Cuando constituyó los fideicomisos, transfirió a los mismos el 40 % de las participaciones de la sociedad de cartera de dicha empresa. Los primeros administradores fiduciarios de dichos fideicomisos fueron el Sr. Panayi y una sociedad fiduciaria establecida en el Reino Unido, denominada KSL Trustees Ltd. (en lo sucesivo, «KSL»). La Sra. Panayi fue nombrada administradora fiduciaria en 2003.

13. A principios de 2004, el Sr. y la Sra. Panayi decidieron abandonar el Reino Unido y regresar a Chipre con carácter permanente. Pese a que la legislación no se lo exigía, ambos renunciaron a su condición de administradores fiduciarios de los fideicomisos el 19 de agosto de 2004. En esa misma fecha, el Sr. Panayi designó a tres nuevos administradores fiduciarios, todos ellos residentes en Chipre. A consecuencia de dichos nombramientos, la administración de los fideicomisos fue trasladada a Chipre. Dado que la mayoría de los administradores fiduciarios de los cuatro fideicomisos objeto del presente litigio dejaron de tener su residencia en el Reino Unido el 19 de agosto de 2004, en dicha fecha se produjo la enajenación ficticia prevista en el artículo 80 de la TCGA. A raíz de dicha enajenación se devengó el impuesto sobre las ganancias de capital por el incremento de valor de los activos incluidos en el fondo de los cuatro fideicomisos producido hasta el 19 de agosto de 2004. Por consiguiente, durante el ejercicio fiscal 2004/2005 se generó una ganancia de capital imponible. La fecha de vencimiento del pago del impuesto era el 31 de enero de 2006. Como se ha señalado, los administradores fiduciarios no podían ni aplazar el pago del impuesto a una fecha posterior, ni pagarlo a plazos.

14. El 1 de septiembre de 2004, la Sra. Panayi abandonó el Reino Unido y se trasladó a Chipre junto con el menor de sus hijos. Los dos hijos mayores, ambos beneficiarios del fideicomiso, permanecieron inicialmente en el Reino Unido hasta finalizar sus estudios en la universidad. Sólo entonces se trasladaron a Chipre. El Sr. Panayi los siguió el 23 de marzo de 2005.

15. El 14 de diciembre de 2005, KSL renunció a su cargo de administradora fiduciaria de los cuatro fideicomisos. El 19 de diciembre de 2005, los administradores fiduciarios vendieron las participaciones de Cambos incluidas en los fideicomisos. El producto neto de la venta ascendió, aproximadamente, a 30 millones de libras esterlinas.

16. El 11 de mayo de 2006, el Sr. y la Sra. Panayi fueron nombrados de nuevo administradores fiduciarios de los fideicomisos. Desde entonces, todos los administradores fiduciarios residen en Chipre.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

17. El 3 de diciembre de 2015, el First-tier Tribunal (Tax Chamber) [Tribunal de Primera Instancia (Sala de Asuntos Tributarios), Reino Unido], que conoce actualmente del litigio, remitió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 267 TFUE:

- «1) ¿Es compatible con la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales o la libre prestación de servicios el hecho de que un Estado miembro adopte y mantenga en vigor normas como el artículo 80 [de la TCGA], en virtud del cual se gravan las plusvalías latentes de los activos incluidos en un fondo de fideicomiso en caso de que los administradores fiduciarios de dicho fondo dejen de tener su domicilio o de residir de forma habitual en dicho Estado miembro?
- 2) En el supuesto de que dicho gravamen restrinja el ejercicio de la libertad de que se trate, ¿puede justificarse la aplicación de dicho gravamen con el objetivo de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria? y ¿es proporcionado dicho gravamen cuando la legislación no concede a los administradores fiduciarios la opción de aplazar el pago del impuesto o de pagar dicho impuesto a plazos, ni tiene en cuenta minusvalías ulteriores de los elementos patrimoniales del fideicomiso?

En concreto, se plantean las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 3) ¿Resulta afectada alguna de las libertades fundamentales cuando un Estado miembro grava plusvalías latentes por el incremento de valor de activos incluidos en fideicomisos en el momento en que la mayoría de los administradores fiduciarios deja de tener su domicilio o de residir de forma habitual en dicho Estado miembro?

- 4) ¿Puede justificarse una restricción a la libertad originada por dicho impuesto de salida con el objetivo de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria en el supuesto de que aún sea posible gravar las plusvalías realizadas, si bien únicamente en caso de que se produzcan determinadas circunstancias en el futuro?
- 5) ¿Debe apreciarse la proporcionalidad en función de los hechos de cada caso concreto? En particular, ¿es proporcionada la restricción creada por dicho impuesto cuando:
- a) la legislación no contiene ninguna disposición que permita aplazar el pago del impuesto o pagarlo a plazos, ni toma en consideración eventuales minusvalías posteriores de los elementos patrimoniales del fideicomiso tras la emigración,
 - b) pero, en las circunstancias particulares de la liquidación tributaria controvertida en el presente asunto, los activos fueron enajenados con anterioridad a la fecha en que debía pagarse el impuesto, sin que el valor de los elementos patrimoniales de que se trata hubiese disminuido entre la fecha de traslado del fideicomiso y la fecha de venta de los mismos?»

18. Han formulado observaciones escritas sobre estas cuestiones prejudiciales los administradores fiduciarios de los cuatro fideicomisos constituidos por el Sr. Panayi, la República de Austria, el Órgano de Vigilancia de la AELC, el Gobierno noruego, el Reino Unido y la Comisión. En la vista oral celebrada el 20 de octubre de 2016 intervinieron los administradores fiduciarios de los cuatro fideicomisos constituidos por el Sr. Panayi, el Órgano de Vigilancia de la AELC, el Reino Unido y la Comisión.

V. Apreciación jurídica

A. Sobre la admisibilidad

19. La República de Austria alega que la quinta cuestión prejudicial, letra a), relativa a la consideración de las minusvalías posteriores, es hipotética, pues en el presente asunto gran parte de los activos fueron enajenados y no se han invocado posibles minusvalías generadas entretanto.

20. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, las cuestiones prejudiciales remitidas por el órgano jurisdiccional nacional disfrutan de una presunción de pertinencia. Esto se aplica en todo caso cuando se trata de cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el contexto de hecho y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia.¹⁰ La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho de la Unión no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los datos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones que se le plantean.¹¹

21. Con su quinta cuestión prejudicial, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pregunta acerca de la proporcionalidad de la medida (la tributación en el momento de la emigración) cuando la ley en que se basa la tributación no contempla la posibilidad de tener en cuenta minusvalías posteriores. Sin embargo, la proporcionalidad de la tributación en el momento de la liquidación fiscal puede ser valorada

¹⁰ Véase, entre otras muchas, la sentencia de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 29.

¹¹ Sentencias de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 29, y de 22 de enero de 2015, *Stanley International Betting y Stanleybet Malta* (C-463/13, EU:C:2015:25), apartado 26 y la jurisprudencia allí citada.

perfectamente en ese momento y, por tanto, con independencia de las circunstancias que sobrevengan posteriormente con motivo de la recaudación del impuesto. En consecuencia, la cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente no es de carácter meramente hipotético, al menos no de forma manifiesta.

B. Apreciación del contenido de las cuestiones prejudiciales

1. Sobre las cuestiones prejudiciales primera y tercera

a) El fideicomiso como una de las «demás personas jurídicas»

22. En las cuestiones prejudiciales primera y tercera, que deben ser analizadas conjuntamente, se plantea ante todo si una «organización» como un fideicomiso (constituido con arreglo a la legislación del Reino Unido) puede invocar en el presente asunto una de las libertades fundamentales.

23. La respuesta a esta cuestión depende de si un fideicomiso es una de las «demás personas jurídicas» en el sentido del artículo 54 TFUE. Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre ello. En cambio, el Tribunal de la AELC ha confirmado la aplicabilidad de las libertades fundamentales a un fideicomiso constituido en Liechtenstein cuyos «participantes» tributaban en Noruega.¹²

24. Para responder a la cuestión debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el artículo 54 TFUE extiende el ámbito de aplicación de las libertades fundamentales a actores distintos de las personas físicas. En particular, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedan equiparadas a las personas físicas.

25. Por lo tanto, puede plantearse la titularidad de dichas libertades tanto en el caso de las personas físicas que utilizan el fideicomiso, en su condición de nacionales de un Estado miembro (con carácter originario), como en el del propio fideicomiso. Sin embargo, esto último requiere que el fideicomiso tenga la consideración de sociedad a efectos del artículo 54 TFUE, párrafo primero.

26. Se consideran sociedades, con arreglo al artículo 54 TFUE, párrafo segundo, las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado. La particularidad del fideicomiso reside en que, por su propia naturaleza, «sólo» consiste en la administración fiduciaria del patrimonio de otro en beneficio de un tercero.

27. En principio, una mera obligación contractual de administrar el patrimonio de otro (fideicomiso) no implica la constitución de una sociedad diferente del administrador (fiduciario) en el sentido del artículo 54 TFUE. Por otro lado, el fideicomiso de que aquí se trata carece de personalidad jurídica propia con arreglo al Derecho nacional, tal y como coinciden en señalar el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión y el Gobierno de Noruega.

28. Sin embargo, el artículo 54 TFUE no exige una personalidad jurídica propia. Si lo hiciera, el legislador nacional podría ampliar o restringir a voluntad el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios con la simple concesión o retirada de la personalidad jurídica. Pese a todo, resulta complicado determinar cuál es la diferencia entre una personalidad jurídica propia y la «simple» capacidad jurídica.¹³

12 Sentencia del Tribunal de la AELC de 9 de julio de 2014, Fred. Olsen (E-3/13, E-20/13, EFTA Court Reports 2014, 400).

13 Véase, por ejemplo, la sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania) de 29 de enero de 2001, II ZR 331/00, NJW 2001, p. 1056, sobre la «personalidad jurídica limitada» de las sociedades personalistas alemanas.

29. Por lo tanto, en contra de la opinión expresada por el Reino Unido en la vista oral, la diferenciación que en ocasiones se hace en Derecho nacional entre estructuras organizativas con y sin personalidad jurídica no se puede trasladar al Derecho de la Unión. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha calificado de «persona jurídica de Derecho privado» a una sociedad que carecía de personalidad jurídica con arreglo al Derecho nacional.¹⁴

30. Además, el artículo 54 TFUE y, por ende, el concepto de «demás personas jurídicas» no se pueden interpretar restrictivamente.¹⁵ Al extenderse las libertades fundamentales a las sociedades se tiene en cuenta, sobre todo, el hecho de que los principales operadores económicos se organizan en forma de sociedades, lo cual contribuye a la realización del objetivo del mercado interior previsto en el artículo 26 TFUE, apartado 2, objetivo que apunta a favor de la inclusión de formas organizativas como el fideicomiso. Si bien es cierto que, en cualquier caso, los socios de una sociedad pueden invocar las libertades fundamentales aun sin aludir al artículo 54 TFUE, ello sería harto complicado y tendría como consecuencia que, pese a poder operar directamente en el tráfico jurídico, la sociedad no pudiera reclamar por sí misma las libertades fundamentales, sino sólo indirectamente por medio de sus socios.

31. Por lo tanto, el artículo 54 TFUE pretende garantizar que los particulares puedan perseguir sus intereses protegidos por las libertades fundamentales también mediante la fundación o la adquisición de una de las «demás personas jurídicas», lo cual redundaría en favor de la eficaz organización de una actividad económica y, por lo tanto, facilita el ejercicio de las libertades fundamentales, pues no son las personas que actúan por medio de sociedades o de las «demás personas jurídicas» quienes deben denunciar una vulneración, sino el operador económico afectado en primera línea.

32. En contra de la opinión de Noruega, el concepto de «demás personas jurídicas» que utiliza el artículo 54 TFUE debe ser interpretado de forma autónoma a la luz de este objetivo. En particular, no se refiere únicamente a las sociedades con personalidad jurídica propia, lo cual habría de apreciarse atendiendo a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

33. Por lo tanto, el concepto de «demás personas jurídicas» del Derecho de la Unión comprende toda entidad organizativa mediante la cual sus miembros (es decir, las personas que utilizan esa entidad) puedan actuar en el tráfico jurídico. No obstante, para que la entidad organizativa (a diferencia de sus miembros individuales) pueda verse afectada en su condición de tal debe disponer de una cierta autonomía que le permita actuar *como tal* en el tráfico jurídico. Asimismo, debe poseer la capacidad de conformar una voluntad única diferenciándose con ello de las personas que la utilizan.

34. Pues bien, para resolver la cuestión de si dichos operadores económicos se diferencian de las personas que los utilizan sí se ha de recurrir al ordenamiento jurídico nacional correspondiente. En la medida en que el Derecho interno atribuya a la entidad (en este caso, al fideicomiso) derechos y obligaciones autónomos, la entidad actuará en este sentido *como tal* en el tráfico económico. Esta cuestión, tal y como ha señalado el Reino Unido en la vista oral, es una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sólo puede ser respondida sobre la base del Derecho nacional aplicable, de modo que su respuesta no corresponde al Tribunal de Justicia en cada caso concreto.¹⁶ No obstante, en el presente asunto hay motivos para considerar, como también han señalado el demandante, la Comisión y la República de Austria, que, en particular, habida cuenta de la redacción del artículo 69 de la TCGA, el fideicomiso —y no sólo sus administradores fiduciarios como personas individuales— actúa como tal (atribución de un domicilio al conjunto de los administradores fiduciarios) en el tráfico jurídico.

14 Véase la sentencia de 4 de junio de 2009, SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft (C-102/08, EU:C:2009:345), apartado 74.

15 Véase también la sentencia del Tribunal de la AELC de 9 de julio de 2014, Fred. Olsen (E-3/13, E-20/13, EFTA Court Reports 2014, 400).

16 Igual que sucede con las sociedades; véase la sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 26.

35. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir si, en el presente asunto, el fideicomiso puede actuar como tal en el tráfico jurídico con sus propios derechos y obligaciones o si sólo pueden hacerlo los administradores fiduciarios. Si el fideicomiso actúa como tal, estará incluido entre las «demás personas jurídicas» a efectos del artículo 54 TFUE, apartado 2.

b) Libertad de establecimiento

36. Por otro lado, se ha de decidir qué libertad fundamental pueden invocar el fideicomiso o los administradores fiduciarios cuando se gravan las plusvalías latentes sólo porque, en virtud de una ficción del Derecho nacional, la sede de la administración del fideicomiso (o bien el domicilio o la residencia habitual de la mayoría de los administradores fiduciarios) se traslada a otro Estado miembro. Los intervinientes aluden en este caso a la libre circulación de capitales, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

37. Con arreglo al artículo 43 CE (actualmente, artículo 49 TFUE), la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio por parte de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.¹⁷ Aunque las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen por objetivo, según su tenor, asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen asimismo a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación.¹⁸

38. La administración de un patrimonio ajeno por un fideicomiso o por sus administradores fiduciarios es una actividad por cuenta propia. De igual manera, se da aquí la necesaria participación en el tráfico económico, pues para ello basta con una gestión activa de bienes.¹⁹

39. Aunque en algunas circunstancias la administración activa de un patrimonio ajeno pueda no estar comprendida en el ámbito de aplicación de la legislación sobre el IVA,²⁰ sigue siendo una actividad económica por cuenta propia. En contra de lo alegado por el Gobierno noruego, para apreciar la existencia de una actividad económica por cuenta propia como requisito para la libertad de establecimiento no se ha de atender a los principios que en materia del IVA rigen la condición de sujeto pasivo. Esto es así, sobre todo, porque las libertades fundamentales persiguen la eliminación de los obstáculos en el mercado interior, mientras que el objetivo de la legislación en materia del IVA es gravar al consumidor final. Si bien es cierto que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia,²¹ una sociedad de cartera pura (un «holding» financiero) no se considera sujeto pasivo a efectos del artículo 9 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido,²² puede invocar la libertad de establecimiento en relación con la tributación de las ganancias en caso de traslado de la sede.²³

17 Sentencias de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138), apartado 40 y la jurisprudencia allí citada, y de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 38.

18 Sentencias de 21 de enero de 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 39, y de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 31.

19 Véase también la sentencia de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, EU:C:2006:568), apartado 19.

20 Sentencia de 20 de junio de 1996, Wellcome Trust (C-155/94, EU:C:1996:243), apartados 34 y siguientes.

21 Véanse en este sentido las sentencias de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands (C-60/90, EU:C:1991:268), apartado 13; de 14 de noviembre de 2000, Floridienne y Berginvest (C-142/99, EU:C:2000:623), apartado 17; de 27 de septiembre de 2001, Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495), apartado 19, y de 30 de mayo de 2013, X (C-651/11, EU:C:2013:346), apartado 35.

22 DO 2006, L 347, p. 1.

23 Véase también la sentencia de 10 de enero de 2006, Cassa di Risparmio di Firenze y otros (C-222/04, EU:C:2006:8), apartados 107 y siguientes, respecto a la actividad económica de una sociedad de cartera en materia de ayudas estatales, que posiblemente no hubiera sido considerada sujeto pasivo por la legislación en materia de IVA.

40. Ahora bien, la libertad de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de un establecimiento en forma de instalación permanente en el Estado miembro de acogida por una duración indeterminada.²⁴ En el caso de autos, el procedimiento ante el Tribunal de Justicia no ha revelado ningún indicio de que las actividades del fideicomiso o de sus administradores fiduciarios se fuesen a seguir limitando exclusivamente al Reino Unido y que en Chipre no se desarrollara o se fuera a desarrollar actividad alguna, circunstancia que, sin embargo, corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.²⁵

41. En conclusión, si efectivamente se desarrolla una actividad económica en Chipre, no será preciso aclarar aquí si se aplican también la libre circulación de capitales del fideicomiso o de los administradores fiduciarios afectados por la tributación, o incluso otras libertades fundamentales. La aclaración del concurso de normas únicamente influiría en la resolución del asunto si éste presentara relación con terceros Estados de forma que entrara en juego el ámbito de aplicación ampliado de la libre circulación de capitales. En situaciones como la presente, meramente intracomunitarias, la cuestión de la relación entre la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales —e, incluso, la libre prestación de servicios— puede quedar sin responder, pues los criterios de apreciación de estas libertades fundamentales son prácticamente idénticos.²⁶

c) Restricción de la libertad de establecimiento

42. Si se concluye que el fideicomiso (o los administradores fiduciarios) ejercen una actividad económica en Chipre mediante la gestión del patrimonio en favor de los beneficiarios, resulta preciso responder a la cuestión de si la tributación de las ganancias no realizadas (es decir, de las plusvalías latentes) con motivo del traslado de sede constituye una restricción a la libertad de establecimiento.

43. Según reiterada jurisprudencia, deben ser consideradas restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíben, dificultan o hacen menos atractivo el ejercicio de esa libertad.²⁷ El Tribunal General ya ha declarado reiteradamente que la tributación de las plusvalías latentes con motivo del traslado de la sede constituye una restricción a la libertad de establecimiento si dicha tributación no se produciría en un asunto puramente interno (es decir, si el traslado fuese dentro del propio país).²⁸

44. La restricción de la libertad de establecimiento acontece ya con la propia liquidación fiscal, que se produce aunque no exista una ganancia concreta realizada, puesto que, en virtud de dicha liquidación fiscal, el sujeto pasivo ya adeuda el impuesto y sufre el gravamen aunque el impuesto no sea aún exigible. La recaudación del impuesto constituye, a este respecto, tan sólo la consumación de la restricción.

45. En el procedimiento principal, el fideicomiso (o los administradores fiduciarios), cuya sede se quiere trasladar fuera del Reino Unido (o cuyo traslado asume de manera ficticia el Derecho nacional debido al traslado de la mayoría de los administradores fiduciarios fuera del país), sufre una desventaja de tesorería en comparación con otros operadores similares que mantienen su sede en el Reino Unido. En efecto, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, el traslado de la sede del fideicomiso a otro Estado miembro implica la inmediata

24 Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 54 y la jurisprudencia allí citada.

25 Sentencia de 12 de julio de 2012, VALE Építési (C-378/10, EU:C:2012:440), apartado 35.

26 Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto SGI (C-311/08, EU:C:2009:545), puntos 37 y 38; el Tribunal de Justicia sólo reconoció la libertad de establecimiento (sentencia de 21 de enero de 2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, apartado 36).

27 Sentencias de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 34, y de 16 de abril de 2015, Comisión/Alemania (C-591/13, EU:C:2015:230), apartado 56 y la jurisprudencia allí citada.

28 Sentencias de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant (C-9/02, EU:C:2004:138), apartado 46; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 33; de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 35, y de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 35.

tributación²⁹ de las plusvalías no realizadas de determinados activos. En cambio, esas mismas plusvalías no se gravan cuando un fideicomiso traslada su sede dentro del Reino Unido. En este caso, la tributación sólo se produce cuando se realizan las plusvalías latentes. Esta diferencia de trato (consistente en la tributación inmediata de las plusvalías no realizadas en caso de emigración) puede disuadir a un fideicomiso (o a sus administradores fiduciarios) de trasladar su sede a otro Estado miembro, y ello aun cuando el fideicomiso disponga de liquidez suficiente para pagar el impuesto sin realizar las plusvalías latentes.

46. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que la libertad de establecimiento se ve restringida cuando un fideicomiso (o sus administradores fiduciarios) son gravados en el momento del traslado de la sede a otro Estado miembro si dicha tributación no se produce en caso de traslado dentro del mismo país.

2. Sobre las cuestiones prejudiciales segunda, cuarta y quinta

a) Justificación

47. Sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, además, es preciso que la restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.³⁰

48. El Tribunal de Justicia ya ha declarado en numerosas ocasiones que, de conformidad con el principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, la residencia fiscal del sujeto pasivo en el territorio nacional durante el período en que se ha generado la plusvalía no realizada, un Estado miembro está facultado para gravar dichas plusvalías en el momento de la emigración del sujeto pasivo.³¹ Con esta medida se pretenden evitar situaciones que puedan comprometer el derecho del Estado miembro de origen a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio, de manera que puede estar justificada por razones de mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros.³²

49. No obstante, para ello es preciso que la emigración comprometa efectivamente la potestad tributaria del Estado de salida, lo cual sucede, en cualquier caso, cuando se extingue dicha potestad.³³ Sin embargo, los demandantes expresan sus dudas acerca de la pérdida de la potestad tributaria por parte del Reino Unido, ya que, con arreglo al Derecho nacional, sigue habiendo tributación mientras los beneficiarios continúen residiendo en territorio nacional, siempre que reciban pagos del fideicomiso (o de los administradores fiduciarios).

²⁹ En contra de la opinión del Reino Unido, el hecho de que en ese Estado miembro dicho impuesto no sea exigible hasta el 31 de enero del año siguiente no altera esta conclusión, puesto que este plazo sería el mismo en caso de tributar por la realización de las plusvalías latentes (esto es, en una situación interna), por lo que sólo en el supuesto transfronterizo no se tiene en cuenta la falta de liquidez.

³⁰ Sentencias de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 42; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), apartado 47, y de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 35.

³¹ Sentencias de 23 de enero de 2014, *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 53 y la jurisprudencia allí citada; de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 49; de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartados 44 y siguientes, y de 7 de septiembre de 2006, *N* (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 46.

³² Sentencias de 13 de diciembre de 2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763), apartados 45 y 46; de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 48; de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 47, y de 21 de enero de 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26), apartado 60.

³³ En este sentido, expresamente, las sentencias de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 48; de 25 de abril de 2013, *Comisión/España* (C-64/11, no publicada, EU:C:2013:264), apartado 31, y de 23 de enero de 2014, *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 60 y la jurisprudencia allí citada.

50. En todo caso, la particularidad de esta potestad tributaria que conserva el Reino Unido tras el traslado de la sede del fideicomiso consiste en que depende únicamente de las decisiones del fideicomiso o de los beneficiarios. A este extremo se han referido también la Comisión y el Reino Unido en la vista oral. Si el fideicomiso no realiza pagos a los beneficiarios residentes en el Reino Unido o si éstos, como aquí sucede, abandonan su residencia en dicho país, la potestad tributaria que dicho Estado miembro conservaba pierde su objeto. Por lo tanto, el Estado miembro ya no tiene en su mano decidir si sigue ejerciendo esa potestad tributaria. Esta situación es equivalente a aquella en la que, a raíz del traslado de la sede, el Estado miembro pierde toda potestad tributaria autónoma.

51. En consecuencia, procede responder a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial y a la cuarta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente que, en principio, un impuesto de salida como el presente está justificado en aras de preservar el reparto de la potestad tributaria, aunque, en determinadas circunstancias ajenas al control del Estado miembro, aún sea posible una tributación parcial.

52. No obstante, el hecho de que en determinadas circunstancias aún sea posible una tributación parcial puede tener repercusiones desde el punto de vista de la proporcionalidad de dicha tributación. En efecto, a este respecto existe el riesgo de doble imposición sólo por parte del Estado miembro de salida, pues la plusvalía no realizada tributa íntegramente en el mismo momento de la salida, y puede suceder que, en el momento del desembolso a los destinatarios, se graven nuevas plusvalías. Y esto es así aunque en adelante (la justificación de la imposición de salida es el reparto de la potestad tributaria) quien debería poder gravar en realidad esas plusvalías sea el Estado de destino. Todo ello podría depender de que se tenga en cuenta la imposición de salida a la hora de gravar a los destinatarios. Sin embargo, en el presente asunto no se plantea esta cuestión, dado que las plusvalías latentes ya se han realizado y los beneficiarios ya no residen en el Reino Unido.

b) Proporcionalidad

53. La quinta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente pretende aclarar cómo se debe valorar la proporcionalidad del impuesto de salida en el presente asunto. Por un lado, se examina la imposibilidad de optar por el aplazamiento de la deuda tributaria [epígrafe i), sobre la quinta cuestión prejudicial, letra a)] y, por otro, el hecho de que las plusvalías latentes se realizasen sin minusvalías tras la liquidación pero antes de que la deuda tributaria fuese exigible [epígrafe ii), sobre la quinta cuestión prejudicial, letra b)]. Además, se aborda la no consideración de eventuales minusvalías ulteriores [epígrafe iii), sobre la quinta cuestión prejudicial, letra a)] en el contexto de la imposición de salida.

54. La administración tributaria del Reino Unido se remite, sobre todo, al hecho particular de que el sujeto pasivo efectivamente realizó el valor de los activos, mediante su venta, antes de que deviniese exigible la deuda tributaria. Dado que la ganancia así obtenida bastó para satisfacer la deuda tributaria previamente generada en virtud de la realización ficticia, entiende que en el presente asunto la imposición de salida era proporcionada.

i) Ausencia de aplazamiento

55. El Tribunal de Justicia ya ha declarado en diversas ocasiones que debe permitirse al sujeto pasivo elegir entre la tributación inmediata y el pago diferido del importe del impuesto, acompañado, en su caso, de intereses con arreglo a la normativa nacional aplicable.³⁴ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha calificado de proporcionado el pago escalonado en cinco anualidades del impuesto sobre

³⁴ Sentencias de 21 de mayo de 2015, *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 49; de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y siguientes, y de 16 de abril de 2015, *Comisión/Alemania* (C-591/13, EU:C:2015:230), apartado 67 y la jurisprudencia allí citada.

las plusvalías latentes, en lugar de su pago inmediato.³⁵ Sin embargo, la legislación del Reino Unido no prevé ningún régimen de aplazamiento, por lo que la deuda tributaria relativa a las plusvalías latentes no realizadas se devenga de forma inmediata. Esto último, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es desproporcionado.

ii) Realización de las plusvalías latentes tras la liquidación tributaria pero antes del vencimiento

56. Aunque, siguiendo la opinión de las autoridades tributarias del Reino Unido, fuese determinante el hecho, más bien casual desde el punto de vista del Estado que ejerce la potestad tributaria, de la realización exitosa de las plusvalías latentes después de la liquidación del impuesto y antes de su exigibilidad, la imposición en el momento de la salida sigue siendo desproporcionada. También en ese caso sigue habiendo una diferencia de trato con respecto a las situaciones puramente internas. En efecto, en el caso de una realización sin emigración, el mismo impuesto habría sido exigible más tarde (calculado desde la realización, es decir, en el presente supuesto, exactamente un año después).

57. Además, la valoración de la proporcionalidad de la actuación estatal (en este caso, la liquidación del impuesto y la exigibilidad de la deuda tributaria) no puede depender de la decisión del interesado, cuyos derechos precisamente se ven limitados. De lo contrario, sólo podría denunciar la desproporcionalidad de una restricción de la libertad de establecimiento el sujeto pasivo que se negase a pagar el impuesto exigible y que, por tanto, no enajenase los activos que contienen las plusvalías latentes. En cambio, el interesado que se plegase al requerimiento de pago del Estado y realizase para ello las plusvalías latentes no podría objetar la desproporcionalidad de la restricción de sus libertades fundamentales.

58. Por lo tanto, en el presente asunto, la tributación sigue siendo desproporcionada pese a la realización de las plusvalías latentes, pues en el momento de la liquidación del impuesto no había opción alguna de aplazamiento. Tal posibilidad de aplazamiento no tiene por qué tener necesariamente la misma duración que el plazo mencionado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,³⁶ de cinco años.³⁷ El legislador del Reino Unido también podría haber vinculado esa posibilidad de aplazamiento a la realización de las plusvalías latentes antes de la finalización de ese plazo [véase también ahora el artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2016/1164].

59. Por lo tanto, procede responder a la quinta cuestión prejudicial, letra b), del órgano jurisdiccional remitente que la proporcionalidad de una medida debe valorarse atendiendo al caso concreto en el momento del devengo del impuesto de salida si la deuda tributaria hubiera devenido exigible en un momento posterior de no haberse producido la emigración y si no hay posibilidad de aplazamiento, con independencia de que los activos afectados fueran enajenados antes de la exigibilidad del impuesto sin pérdida de valor.

60. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si cabe conjurar la desproporcionalidad de la norma mediante una eventual interpretación conforme con el Derecho de la Unión que reconozca el derecho al aplazamiento con arreglo al procedimiento tributario nacional. Tal y como ha alegado el demandante en el procedimiento principal en la vista oral, parece que en el Reino Unido también existe posibilidad de resolver en equidad en este sentido.

35 Sentencias de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 64, y de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 52.

36 Sentencias de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartado 64, y de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartado 52.

37 Véase también el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2016/1164.

iii) Falta de consideración de las minusvalías ulteriores

61. De acuerdo con el principio de territorialidad, que constituye un criterio para el reparto de la potestad tributaria, en la base imponible de los impuestos se incluyen los beneficios y las pérdidas que procedan de las actividades en el mismo Estado.³⁸ Además, la consideración tanto de los beneficios como de las pérdidas en ese país es conforme con el principio de simetría.³⁹ A esto se añade el problema administrativo de la determinación tanto de las plusvalías como de las minusvalías cuando ni el patrimonio ni la persona están situados o residen en el propio territorio. Realmente, esto excluye la posibilidad de que, en el marco de la tributación por la pérdida de la potestad tributaria (imposición de salida), se exija tener en cuenta las minusvalías ulteriores. Tampoco la Directiva 2016/1164 no aplicable en el presente asunto, establece tal obligación.

62. En efecto, la justificación del justo reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros se basa, en definitiva, en la imputación de las plusvalías y minusvalías generadas hasta una determinada fecha en virtud de la cercanía geográfica. En tal caso, tampoco las plusvalías y minusvalías ulteriores deben tenerse en cuenta, en principio, en el Estado de origen, sino únicamente en el de establecimiento (es decir, en el Estado de destino).

63. Este principio, que niega la obligación de tener en cuenta las pérdidas, ha sido confirmado reiteradamente por el Tribunal de Justicia en sus más recientes sentencias en relación con la imposición de salida.⁴⁰ La única excepción ha sido una resolución relativa a la imposición por emigración de una persona física en relación con su patrimonio privado (en forma de participaciones significativas). En este caso se subrayó la necesidad de considerar las eventuales minusvalías posteriores a la emigración.⁴¹ En la posterior jurisprudencia relativa a la imposición de salida de sujetos de Derecho operadores económicos y de sus activos de explotación, el Tribunal de Justicia⁴² ya no ha aplicado este último enfoque.

64. Aunque la más reciente jurisprudencia se refería principalmente a entidades organizativas con capacidad jurídica, no resulta convincente una diferenciación en función de la forma jurídica del sujeto pasivo. Esto queda especialmente patente en el presente asunto, en que, dependiendo de la configuración del Derecho nacional, el fideicomiso puede ser considerado una de las «demás personas jurídicas» o una pluralidad de personas físicas. No obstante, en cuanto a la consideración de las pérdidas, en definitiva el Tribunal de Justicia no ha diferenciado tanto entre personas físicas y jurídicas como entre el patrimonio privado y el de la empresa.⁴³ Pues bien, si el fideicomiso ejerce una actividad económica, la tributación de su patrimonio afecta a activos de explotación, por lo que no es preciso aclarar si se ha de atender a los argumentos formulados en la sentencia N sobre la consideración de las pérdidas.⁴⁴

38 Sentencias de 15 de febrero de 2007, Centro Equestre da Lezíria Grande (C-345/04, EU:C:2007:96), apartado 22; de 13 de diciembre de 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), apartado 39, y de 15 de mayo de 1997, Futura Participations y Singer (C-250/95, EU:C:1997:2471), apartados 21 y 22.

39 Sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y siguientes, 58 y 62.

40 Sentencias de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartados 43 y siguientes, y de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y siguientes.

41 Sentencia de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartados 51 y siguientes.

42 Sentencias de 21 de mayo de 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331), apartados 43 y siguientes; de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartados 56 y siguientes, y de 23 de enero de 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20), apartados 45 y siguientes.

43 En ese sentido apuntan las observaciones del Tribunal de Justicia en su sentencia de 29 de noviembre de 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), apartado 57.

44 Sentencia de 7 de septiembre de 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525), apartado 54.

65. Sólo si se llega a la conclusión de que la actividad del fideicomiso es una gestión pasiva de bienes y, por tanto, no una actividad económica, deberá tomarse una decisión a ese respecto. En ese caso habría que considerar que, por lo que respecta a la justificación aquí pertinente del mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros, es irrelevante que los activos de que se trata sean privados o de una empresa.

66. En consecuencia, procede responder a la quinta cuestión prejudicial, letra a), que el principio de proporcionalidad no obliga al Estado de origen a tener en cuenta las minusvalías posteriores.

VI. Propuesta de resolución

67. Por lo tanto, propongo que se responda a la petición de decisión prejudicial del First-tier Tribunal (Tax Chamber) [Tribunal de Primera Instancia (Sala de Asuntos Tributarios), Reino Unido] de la siguiente manera:

- 1) Procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que un fideicomiso puede invocar las libertades fundamentales con arreglo al artículo 54 TFUE aunque el Derecho nacional no le reconozca personalidad jurídica propia. Para ello es preciso que el fideicomiso pueda actuar como tal en el tráfico económico y que el ordenamiento jurídico nacional le confiera a este respecto derechos y obligaciones propios. La tributación de las plusvalías no realizadas de un fideicomiso (o de los administradores fiduciarios) debido al traslado, ficticio con arreglo al Derecho nacional, de la sede a otro Estado miembro constituye una restricción a la libertad de establecimiento.
- 2) Procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y cuarta que dicha restricción a la libertad de establecimiento puede estar justificada, en principio, por el mantenimiento del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros. Esto es así aunque aún existan ciertas posibilidades de tributación para el Estado de origen, si las mismas no dependen ya de la voluntad autónoma del Estado miembro, sino esencialmente de las decisiones del sujeto pasivo.
- 3) Procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y quinta que la proporcionalidad de la tributación de las plusvalías no realizadas se ha de valorar atendiendo al caso concreto en el momento de la liquidación del impuesto. Ésta será desproporcionada si, como ocurre en el presente asunto, no existe posibilidad alguna de aplazamiento y si la exigibilidad del impuesto se produciría en un momento posterior de no haber habido emigración, con independencia de que los activos afectados hayan sido enajenados sin minusvalía antes del vencimiento del impuesto. El principio de proporcionalidad no obliga al Estado de origen a tener en cuenta las pérdidas posteriores que sufran los activos de explotación.