

## Implicaciones fiscales de la separación de socios mediante una operación de escisión total



Por María García Chanzá  
mgarcia@rbtl.es

### 1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC) regula en su Título IX la denominada Separación de Socios (artículos 346 a 359 LSC). A través de esta figura se concede al socio el derecho a separarse, a dejar de ostentar la condición de socio de una entidad siempre que se cumplan determinadas circunstancias tasadas, tales como la sustitución o modificación sustancial del objeto social o la falta de distribución de dividendos, entre otros.

La separación del socio supone, de facto, la transmisión de sus participaciones. En el supuesto de que la separación la ejerza una persona física quedará sometida a tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En concreto, el artículo 37.1.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) establece que:

*“e) En los casos de separación de los socios o disolución de sociedades, se considerará ganancia o pérdida patrimonial, sin perjuicio de las correspondientes a la sociedad, la diferencia entre el valor de la cuota de liquidación social o el valor de mercado de los bienes recibidos y el valor de adquisición del título o participación de capital que corresponda.”*

La separación de socios, en el ámbito fiscal, engloba un concepto más amplio que excede de los supuestos recogidos en la LSC. En el ámbito fiscal, el antecitado artículo 37.1.e) LIRPF recoge todos los casos en los que el socio deja de ostentar tal condición respecto de la sociedad<sup>1</sup> y no únicamente los supuestos de separación amparados en alguna de las causas estatutaria o legalmente previstas en la normativa mercantil.

---

<sup>1</sup> Hasta la resolución del TEAC 11 de septiembre de 2017, la DGT había mantenido que solo las separaciones de socios amparadas en alguna de las causas estatutaria o legalmente previstas, podían aplicar el referido artículo 37.1.e) LIRPF. Con esta resolución el Tribunal Central confirmó *“la aplicación de la regla especial de valoración por su carácter más específico, y declarando en cuanto a la calificación otorgada a la operación realizada que el artículo 37.1.e) únicamente señala que, “en los casos de separación de los socios ...”, sin distinguir o precisar las causas de aquella separación del socio de la sociedad, sin ahondar si ésta resulta de lo dispuesto por aquella norma, si resulta del contenido de los estatutos sociales o si es fruto de un acuerdo o pacto entre las partes, por lo que, donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete o aplicador del Derecho, debiendo así entenderse que los supuestos de ‘separación de los socios’ que contempla aquel precepto recogería todos los casos en los que el socio deja de ostentar tal condición respecto de la sociedad.”*

Siguiendo con lo anterior, la separación de socios supondrá, para el socio saliente, una alteración patrimonial que tributará por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión, debiéndose integrar la referida ganancia en la base del ahorro que tributará a la escala del ahorro, siendo los tipos impositivos aplicables a la fecha de redacción del presente *paper* del 19% al 28% en función del importe de la ganancia.

Por tanto, a modo de ejemplo, en caso de que una sociedad con dos socios al 50%, tenga un valor de mercado de 20.000.000 euros, siendo el valor de adquisición del socio saliente 5.000.000 euros, la tributación será la siguiente:

Valor de adquisición participaciones	5.000.000
Valor cuota liquidación social /Valor de mercado participaciones recibidas	10.000.000
<b>Ganancia patrimonial</b>	<b>5.000.000</b>
Tipo medio de gravamen	19 - 28%
<b>Cuota IRPF</b>	<b>1.387.880</b>

En el caso de que las participaciones hayan sido adquiridas antes de 31 de diciembre de 1994 resultarán de aplicación los coeficientes reductores<sup>2</sup> de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria Novena de la LIRPF.

Se trata pues, de un coste elevado que juega un papel muy importante en la negociación de una potencial separación.

Para reducir este coste, en muchas ocasiones se plantean operaciones de reestructuración acogidas al régimen Especial de Fusiones, Escisiones, Aportación de activos y Canje de Valores (en adelante, Régimen FEAC) pero no todas ellas cumplen los requisitos para su aplicación. Esto suele suponer el inicio de procedimientos de comprobación e investigación por parte de los órganos de Inspección de los que se derivan regularizaciones de altas cuantías por la incorrecta aplicación del citado Régimen Especial.

## 2. RÉGIMEN FEAC

El Régimen FEAC viene regulado en los artículos 76 a 89 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS). Su fundamento reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización empresarial tal y como ha venido reiterando la Dirección General de Tributos y los Tribunales de Justicia.

Para ello, la LIS en su artículo 81 LIS señala que:

*“1. No se integrarán en la base imponible las rentas que se pongan de manifiesto con ocasión de la atribución de valores de la entidad adquirente a los socios de la entidad transmitente, siempre que sean residentes en territorio español o en el de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o en el de cualquier otro Estado siempre que, en este último caso, los valores sean representativos del capital social de una entidad residente en territorio español.*

[...]

*2. Los valores recibidos en virtud de las operaciones de fusión y escisión, se valoran, a efectos fiscales, por el valor fiscal de los entregados, determinado de acuerdo con las normas de este*

<sup>2</sup> En el caso de las acciones o participaciones sociales no cotizadas, la reducción será del 14,28% por cada año hasta 20 de enero de 2006 con el límite de 400.000 euros de valor de transmisión.

*Impuesto, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, según proceda. Esta valoración se aumentará o disminuirá en el importe de la compensación complementaria en dinero entregada o recibida. Los valores recibidos conservarán la fecha de adquisición de los entregados.”*

Por tanto, la no integración en la base imponible a la que se refiere el artículo transcrito no tiene la consideración de exención o de una no sujeción, sino que consiste en un *diferimiento* de las rentas puestas de manifiesto con ocasión de las operaciones acometidas y que serán objeto de tributación en el momento de su realización efectiva, pues el régimen de diferimiento supone un mantenimiento de los valores originarios de los elementos que han sido objeto de transmisión.

Por último, el artículo 89.2 LIS señala que

*“No se aplicará el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal.*

*Las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria que determinen la inaplicación total o parcial del régimen fiscal especial por aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, eliminarán exclusivamente los efectos de la ventaja fiscal.”*

Este precepto recoge de forma expresa la razón de ser del Régimen FEAC que justifica que a las mismas les sea de aplicación dicho régimen en lugar de la regulación establecida para esas mismas operaciones en el artículo 17 de la LIS. Como ya se ha dicho, el fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en la toma de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización empresarial.

Por el contrario, cuando el objetivo principal que motive la operación de reestructuración sea lograr una ventaja fiscal, no resultará de aplicación el régimen fiscal especial, debiendo eliminarse la ventaja fiscal perseguida.

Sobre este precepto nuestros tribunales de justicia han tenido la oportunidad de pronunciarse en multitud de ocasiones<sup>3 4 5</sup> y han venido concluyendo que la ausencia de motivos económicos válidos es una presunción de que el objetivo de la operación es obtener una ventaja fiscal.

---

<sup>3</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en el asunto Europark (asunto C-14/16), de 8 de marzo de 2017:

*“(…) de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, al transponer el artículo 11, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/434, los Estados miembros no pueden recurrir a una presunción general de fraude o evasión fiscales”, por lo que “(…) para comprobar si la operación de que se trata persigue un objetivo de fraude o evasión fiscales, las autoridades nacionales competentes no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder, caso por caso, a un examen global de dicha operación, dado que el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones, sin tener en cuenta si se ha producido o no efectivamente el fraude o evasión fiscales iría en detrimento del objetivo perseguido por la referida Directiva”.*

<sup>4</sup> Tribunal Supremo, en su Sentencia número 1503/2022, de 16 de noviembre de 2022, en su Fundamento Jurídico Quinto, ha señalado que la obtención de una ventaja fiscal está ínsita en el propio régimen de diferimiento, puesto que se caracteriza por su neutralidad fiscal, siendo la ventaja fiscal prohibida, distinta del propio diferimiento fiscal, la que se convierte en el objetivo y finalidad de la operación, más allá de otros motivos económicos.

<sup>5</sup> Tribunal Supremo, en su Sentencia número 463/2021, de 31 de marzo de 2021, señaló que *“...lo prohibido, lo que impide la aplicación del régimen especial de diferimiento no es más que se persiga como objetivo principal el fraude o la evasión fiscal, nada más, y simple y llanamente para despejar posibles incógnitas de la concurrencia o no de dicho objetivo con la intensidad requerida, se establece la presunción vista, que no concurren motivos económicos válidos, integrando este concepto no sólo con que el objetivo no sea la racionalización y reestructuración de las actividades empresariales, sino que como se desprende de su tenor literal, “tales como”, aparte de*

Por motivos económicos válidos debemos entender razones empresariales y económicas, tales como mejora de la imagen del grupo en el mercado, mejora en las condiciones de financiación, reducción de costes, simplificación de las obligaciones formales existentes, mejora en la organización interna, entre otras muchas. Todos estos motivos económicos han sido validados por la DGT en consultas vinculantes en los últimos años. Si bien es cierto que la DGT no ha dejado de advertir que *“La apreciación de los motivos por los que se llevan a cabo las operaciones de reestructuración son cuestiones de hecho que deberán ser apreciadas por los órganos competentes en materia de comprobación e investigación, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto [...]”*.

Históricamente, el debate ha consistido en dilucidar si es la Administración la que debe probar la inexistencia de motivos económicos válidos que impida aplicar el régimen de diferimiento o si, por el contrario, es el contribuyente el que debe probar la existencia de motivo económico válido para lograr la aplicación del régimen especial.

En la práctica, la carga de la prueba de estos motivos económicos válidos ha recaído sobre el contribuyente, a pesar de que nuestros Tribunales ya vienen reconociendo desde hace tiempo que esa carga probatoria no es absoluta y admite cierta modulación. Así lo entendió el TS en Sentencia de 16 de marzo de 2016:

*“La carga de la prueba ha de entenderse distribuida entre la sociedad que pretende acogerse al régimen especial de fusiones, acreditando los hechos constitutivo del derecho que pretende hacer valer ( artículo 105.1 LGT ), y la Administración, en cuanto ha de acreditar una circunstancia, como la falta de “motivo económico válido” que opone como obstáculo a la aplicación de dicho régimen, sin ignorar, a los efectos de configurar el debido reparto de dicha carga, las dificultades probatorias inherentes a la condición de hecho negativo que tiene la referida ausencia.”*

Sin embargo, no ha sido hasta la reciente consulta de la DGT V2214-23, de 27 de julio, cuando la DGT ha puesto en cuestión la forma de actuar de la Administración Tributaria en las actuaciones de comprobación, pues, según entendemos, la DGT en dicha consulta *invierte* la carga de la prueba y no es el contribuyente quien debe probar la existencia de motivos económicos válidos para la aplicación del régimen especial, sino que es la Administración la que debe probar la ausencia de los mismos para poder regularizar:

*“los motivos económicos válidos no constituyen un requisito sine qua non para la aplicación del régimen fiscal de reestructuración, sino que su ausencia constituye una presunción de que la operación puede haberse realizado con el objetivo principal de fraude o evasión fiscal.”*

En la práctica este cambio de criterio se materializará en que la Administración Tributaria deberá motivar exhaustivamente por qué considera que los motivos que el contribuyente manifieste no se dan en la operación que se pretende regularizar, cuando, tradicionalmente, lo que se ha venido haciendo es rechazar los motivos alegados señalando que no han sido suficientemente acreditados por el contribuyente.

Una de las operaciones de reestructuración llevada a cabo con la finalidad de conseguir la separación de socios que con más frecuencia es objeto de regularización por parte de la Inspección es la Escisión total. A continuación, se procederá al análisis de esta figura.

---

*los citados, que quizás pudieran ser los más comunes, caben otros objetivos empresariales que integran dicho concepto jurídico indeterminado, siempre que estos, como se ha dicho por la jurisprudencia, se conecten con la finalidad y objetivos del régimen especial de diferimiento, esto es, hacer posible la continuidad y desarrollo de la actividad empresarial.*

### 3. ESCISIÓN TOTAL

De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio<sup>6</sup> (en adelante, nueva LME), vigente en la fecha de redacción del presente *paper*:

*“Se entiende por escisión total la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y, en su caso, cuando sea conveniente para ajustar el tipo de canje, los socios podrán recibir, además, una compensación en dinero que no exceda del diez por ciento del valor nominal de las acciones, de las participaciones o del valor contable de las cuotas atribuidas.”*

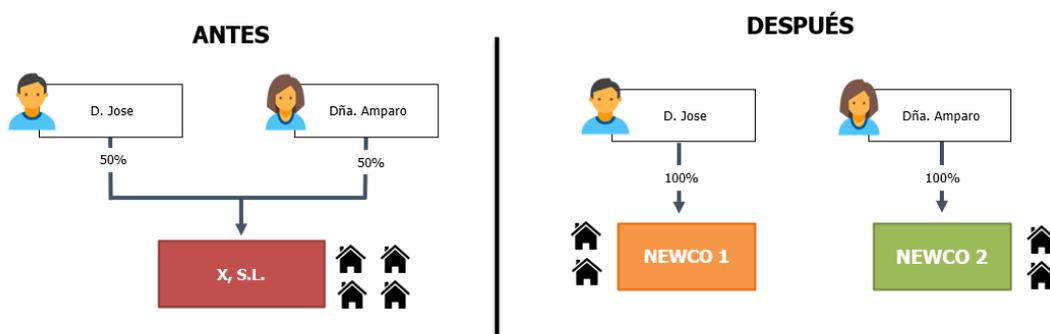
Por su parte, el artículo 76.2. 1ª a) LIS establece que:

*“Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual:*

*a) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.”*

En este caso no existe un socio saliente y un socio que permanece, sino que ambos socios siguen teniendo participación en una sociedad, pero ahora, la sociedad originaria ha desaparecido y se han creado dos -o más sociedades- con la adjudicación del patrimonio a las nuevas entidades.

El resultado de dicha operación de escisión total podría ser el siguiente:



Sin embargo, de acuerdo con el artículo transcrito, uno de los requisitos para que la operación tenga la consideración de escisión total a efectos del artículo 76 LIS la atribución a los socios de las nuevas participaciones debe realizarse con arreglo a una **norma proporcional**.

Y ¿qué debemos entender por atribución con arreglo a una *norma proporcional*?

<sup>6</sup> Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

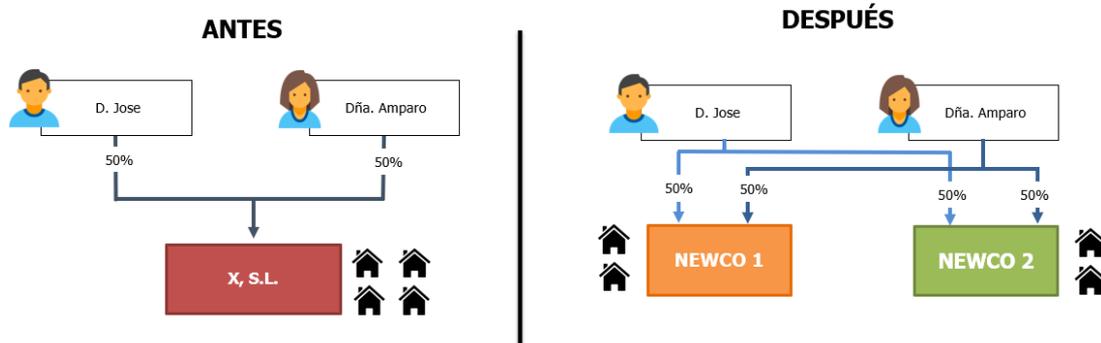
La DGT ha venido distinguiendo -desde siempre- entre los siguientes conceptos de proporcionalidad: (i) proporcionalidad cuantitativa y (ii) proporcionalidad cualitativa.

La *proporcionalidad cuantitativa* implica que los socios de la entidad escindida deberán recibir acciones o participaciones de las beneficiarias en función del valor real que ostentaban en la entidad que se ha escindido. Es decir, ante y después de la escisión los socios mantendrán el mismo valor económico.

Por su parte la *proporcionalidad cualitativa* supone que los socios de la entidad escindida deberán ser socios en las entidades beneficiarias de la operación en igual proporción que mantenían en el capital de la escindida.

De acuerdo con la anterior distinción, la doctrina administrativa y jurisprudencial ha diferenciado los siguientes tipos de escisión: escisiones proporcionales, en las que se cumplirá con la proporcionalidad cuantitativa y cualitativa; y, aquellas otras que solamente se cumpliría la proporcionalidad cuantitativa, conocidas como escisiones no proporcionales.

Así, la definición del artículo 76.2. 1ª a) LIS, se cumpliría, únicamente, en los casos de que la escisión total respete una proporcionalidad cuantitativa y cualitativa. Esto supone que cada uno de los socios del ejemplo anterior debería tener el 50% de cada nueva sociedad<sup>7</sup>.



La escisión total *proporcional*, tal y como la entiende la DGT no solventará los problemas de los socios, pues al dividir la sociedad en dos manteniendo el mismo porcentaje de participación sobre cada nueva sociedad, seguirán teniendo que tomar decisiones sobre las sociedades de forma conjunta, pero ahora sobre dos sociedades en lugar de sobre una.

Cabe la posibilidad de que la adjudicación a los socios sea de forma no proporcional, en los casos en los que los patrimonios escindidos constituyan ramas de actividad a efectos del Impuesto sobre Sociedades.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.4 LIS, “Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.

<sup>7</sup> Consulta DGT V2917-21, entre otras muchas, en la que se considera que habrá proporcionalidad “en la medida en que los socios de la entidad (escindida) reciban participaciones en cada una de las nuevas entidades beneficiarias de la escisión de manera proporcional a su participación en aquella”.

En relación con lo anterior, tanto la DGT como los tribunales mantienen que para la existencia de rama de actividad es necesario que concurren, entre otras, las siguientes circunstancias<sup>8</sup>:

- i) Que la rama de actividad exista *previamente* en la sociedad aportante.
- ii) Los bienes han de formar una unidad económica coherente, autónoma e independiente de otras.
- iii) El conjunto de bienes ha de ser capaz de funcionar por sus propios medios.

La doctrina y jurisprudencia consideran que no se cumple el requisito de existencia de rama de actividad en supuestos en los que la entidad realiza una única actividad económica<sup>9</sup>, siendo necesario que exista una gestión y organización diferenciada para cada bloque patrimonial que permita desarrollar de manera separada varias ramas distintas de actividades.

Además, como ya se ha anticipado, deberá cumplirse, en todo caso, lo establecido en el artículo 89 LIS y la finalidad de la operación debe realizarse por motivos económicos válidos y no con la única finalidad de conseguir una ventaja fiscal.

En relación con lo anterior, la DGT ha considerado, en su consulta V1283-12, que puede considerarse motivo económico válido la difícil situación personal de los socios que afecten a la gestión de la sociedad.

Por el contrario, en caso de operaciones de escisión **no proporcionales**, el TEAC<sup>10</sup> ha considerado que no concurren motivos económicos válidos, sino que se estaría ante un supuesto de fraude o evasión fiscal en los casos en los que la finalidad última de la operación sea la separación de los socios mediante el reparto del patrimonio de la sociedad entre ellos, dado que se estaría evitando la tributación que originaría la separación de socios.

De igual modo, la Audiencia Nacional en SAN de 4 de julio de 2017, SAN 28 de julio de 2017 y SAN 28 de noviembre de 2018. La Audiencia Nacional considera que “[...] *no es admisible que la escisión tenga por única finalidad el reparto de un patrimonio común, y que ese designio, que es lícito, se efectúe como coste fiscal nulo, pues no hay en esa operación propósito o finalidad organizativa alguna para la sociedad.*”

Y concluye, la Audiencia Nacional que:

*“[...] el motivo para llevar a cabo el proceso de escisión no ha sido otro que conseguir la separación de socios, repartiendo el patrimonio común, atribuyendo a cada uno de los tres hermanos un 33% del patrimonio social, a través de la titularidad única de las tres sociedades beneficiarias, sin que este pueda ser considerado un motivo económico válido.”*

A esta conclusión llega la Audiencia Nacional por entender que no han sido probadas las desavenencias entre los socios y que la existencia de mejores resultados económicos con posterioridad a la operación no puede ser indicio razonable de motivo económico válido. Así lo consideró también el Tribunal Supremo en STS de 15 de octubre de 2015.

---

<sup>8</sup> Consultas de la DGT V0874-21, V2755-16, V0995-12 y V0947-18 entre otras, y Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2014, 22 de diciembre de 2014 y 17 de marzo de 2016, de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2020 y del TSJ de Valencia de 30 de mayo de 2018, entre otras.

<sup>9</sup> Las Consultas de la DGT V0947-18, V1100-18 y V0995-12, entre otras, y las Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2020 analizan un caso concreto de escisión de entidades que se dedican únicamente al arrendamiento de inmuebles, aunque comprenda el alquiler de inmuebles de distinta naturaleza y se concluye que no puede haber ramas de actividad dado que únicamente existe una actividad.

<sup>10</sup> En este sentido, la Resolución del TEAC 2162/2015 de 18 de septiembre de 2018.

Por último señala tanto la Audiencia Nacional en las citadas Sentencias como el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de diciembre de 2016 que *“el conjunto de elementos transmitidos deben constituir rama de actividad en sede de la transmitente, de manera que puedan ser identificados como afectos y necesarios para el desarrollo de la actividad económica en cuestión, siendo preciso que la actividad económica que la adquirente desarrollará de manera autónoma exista también previamente en sede de la transmitente permitiendo así la identificación de un conjunto patrimonial afectado o destinado a la misma.”*

Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada, la separación de socios que se realice mediante una escisión total no proporcional, teniendo la sociedad que se escinde una única actividad, no podrá disfrutar del diferimiento del Régimen Especial de Neutralidad Fiscal.

Este ha venido siendo el criterio aplicado por la Inspección y por los Tribunales de Justicia en los últimos años.

No obstante lo anterior, una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJ Castilla y León) ha venido a poner en *jaque* este criterio. Se trata de la STJ Castilla y León de 13 de junio de 2023.

El supuesto enjuiciado hace referencia a una operación de escisión total de una sociedad con la única actividad de arrendamiento de inmuebles. La Inspección regulariza la operación por considerar que no aplica el Régimen FEAC al tratarse de una escisión no proporcional y que no existe una rama de actividad en sede de la sociedad que transmite el patrimonio.

Ambas partes están de acuerdo en que la operación de escisión total es no proporcional, pues los socios reciben el 100% de una de las sociedades resultantes de la escisión. También están de acuerdo en que solo existe una actividad en sede de la entidad transmitente, por lo que no aplicaría el supuesto de rama de actividad previa a la escisión.

Sin embargo, según entiende el contribuyente esas dos circunstancias (i) escisión total no proporcional e (ii) inexistencia de ramas de actividad diferenciadas, no son óbice para la aplicación del Régimen FEAC.

En concreto, señala que la exigencia de la necesidad de que existan previamente dos o más ramas de actividad para poder llevar a cabo una escisión no proporcional no viene recogida en la Directiva 2009/133/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones (en adelante, Directiva de Fusiones) sino que se trata de un requisito *“añadido”* por la normativa interna española.

El concepto de escisión total es idéntico en ambas normas<sup>11</sup>, si bien la Directiva no establece previsión específica para el supuesto de transferencia de patrimonio con arreglo a una norma no proporcional.

---

<sup>11</sup> Artículo 2 de la Directiva de Fusiones:

«escisión»: la operación por la cual una sociedad transfiere a dos o más sociedades ya existentes o nuevas, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de su patrimonio, activo y pasivo, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de títulos representativos del capital social de las sociedades beneficiarias de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 % del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos títulos deducido de su contabilidad;

Artículo 76.2.1º a) LIS:

“a) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación en dinero que no exceda del 10 por ciento del valor nominal o, a falta de valor nominal, de un valor equivalente al nominal de dichos valores deducido de su contabilidad.”

Esta ausencia de especificación con respecto al supuesto de reparto no proporcional puede llevar, según razona la Sentencia, a dos interpretaciones:

- (i) Que se sobreentienda que cualquier atribución en proporción distinta incumple el requisito de proporcionalidad (tanto la proporcionalidad cualitativa como la proporcionalidad cuantitativa) y que ello supone que no se cumple el presupuesto de hecho para aplicar el Régimen FEAC.
- (ii) Que la Directiva únicamente exija una proporcionalidad cuantitativa. Es decir, que el valor económico de la participación antes y después de la realización de la escisión, sea igual en el socio, con independencia de en qué empresas participe.

Nuestro Alto Tribunal ya se pronunció sobre esta cuestión en relación con la redacción del Real Decreto 4/2004, de 5 de marzo del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En STS de 20 de julio de 2014 concluye que no se aprecia contravención alguna de la normativa estatal con el Derecho de la Unión. Si bien es cierto, la Sentencia incluye un voto particular que manifiesta que, ante las dudas interpretativas que suscita esta cuestión debería someterse al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión de si una escisión total cualitativamente desproporcionada constituye escisión a efectos de la Directiva de Fusiones.

Sin embargo, a pesar de la claridad de la STS de 2014 referida, el TSJ Castilla y León de 13 de junio de 2023, considera que ha habido circunstancias sobrevenidas a la referida Sentencia que pueden llevar a acoger la interpretación más favorable al contribuyente y que requieren de un nuevo análisis.

Dichas *circunstancias sobrevenidas* a que se refiere el TSJ de Castilla y León son las siguientes:

- a) La Comisión de la Unión Europea abrió al Estado Español un procedimiento de infracción a la transposición de la Directiva por entender que el requisito de existencia de ramas de actividad que nuestra norma establece para el acogimiento al régimen especial de las operaciones de escisión total no proporcionales resulta contrario a la voluntad de la Directiva, habiendo enviado en fecha 27 de noviembre de 2019 Dictamen motivado a España solicitando la eliminación de dicha condición indebidamente restrictiva a las operaciones de reorganización empresarial.
- b) No consta a la Sala el resultado de dicho procedimiento de infracción, pero su propia incoación, considera el Tribunal, que vendría a confirmar una interpretación literal de la Directiva que únicamente exigiría una proporcionalidad cuantitativa y no cualitativa.
- c) Por otra parte, señala, además, el TSJ de Castilla y León que el concepto de “*rama de actividad*” incluido en la Directiva aplica a las escisiones parciales, siendo por completo ajeno a las escisiones totales.

Por tanto, concluye el TSJ de Castilla y León que, al amparo de la Directiva, no puede rechazarse la aplicación del Régimen FEAC por la sola circunstancia de que la falta de proporcionalidad cualitativa no venga acompañada de una transmisión de ramas de actividad, pues se estaría impidiendo la aplicación del Régimen en supuestos de actividad única o una sola organización empresarial.

Por último, el TSJ de Castilla y León analiza la interpretación del concepto “*motivo económico válido*” al amparo de la Directiva. Y lo hace en términos similares a la ya analizada consulta de la DGT V2214-23, de 27 de julio.

Señala el TSJ de Castilla y León que al amparo de artículo 89.2 LIS se ha llegado a entender que los motivos económicos válidos son un requisito de aplicación del régimen fiscal cuya existencia debía ser

---

“2.º En los casos en que existan dos o más entidades adquirentes, la atribución a los socios de la entidad que se escinde de valores representativos del capital de alguna de las entidades adquirentes en proporción distinta a la que tenían en la que se escinde requerirá que los patrimonios adquiridos por aquéllas constituyan ramas de actividad.”

probada por el interesado. Sin embargo, considera el TSJ de Castilla y León que *“la ausencia de motivos económicos válidos se configura únicamente como una presunción iuris tantum de que el objetivo principal -o uno de los objetivos principales- es el fraude o la evasión fiscal, pero no como requisito autónomo e indispensable para la aplicación del Régimen [...]”. Y concluye que, los motivos económicos válidos “no constituyen requisitos para la aplicación del régimen fiscal especial sino solo circunstancias cuya ausencia fundamenta la presunción de fraude o evasión fiscal, teniendo en cuenta, además que la mera ventaja fiscal no implica, necesariamente, el fraude o la evasión fiscal.”*

Es una Sentencia muy favorable para los contribuyentes, pero no hay que olvidar que se trata de un pronunciamiento aislado que no constituye jurisprudencia y del que no tenemos constancia que se haya recurrido en Casación, por lo tanto, hay que ser prudente a la hora de plantear estas operaciones de escisión total.

La DGT, por su parte, ha resuelto, con posterioridad a la referida Sentencia, consultas sobre escisiones totales no proporcionales y ha mantenido su criterio de considerar que no aplica el régimen especial en supuestos de existencia de una única actividad en sede de la escindida.