

Referencia: NFC085337

DGT: 12-04-2023

N.º CONSULTA VINCULANTE: V0863/2023

SUMARIO:

IS. Exenciones. Exención para evitar la doble imposición interna. *Transmisión de participaciones.* La entidad A, parte de un grupo mercantil con una larga trayectoria en el sector del juego presencial, constituye la sociedad S con el objeto de introducirse en el juego online. Tras la puesta en marcha del proyecto y la obtención de las oportunas licencias administrativas decide transmitir el total de las participaciones en la sociedad S. En la medida en que se cumplan los requisitos del apartado 1 del art. 21 Ley IS, y no se incurra en ninguno de los supuestos del apartado 5, resultará aplicable la exención sobre la renta positiva derivada de la transmisión de participaciones. Se entenderá por entidad patrimonial a efectos del art. 21.5 Ley IS aquella en la que la mitad del activo esté constituido por valores o no esté sujeto a una actividad económica. Cabe deducir que la actividad de la sociedad S no es una mera preparación de una actividad de comercialización, sino que se han desarrollado una secuencia de actuaciones claramente tendentes a la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado, resultando aplicable la exención, sin perjuicio de su comprobación por la Administración competente.

PRECEPTOS:

[Ley 27/2014 \(Ley IS\), arts. 5 y 21 .](#)

Descripción sucinta de los hechos:

La entidad consultante A, de ámbito nacional, forma parte de un grupo mercantil con una larga trayectoria en el sector del juego presencial. El grupo tiene como actividad económica principal la explotación y comercialización de juegos, en particular, de máquinas recreativas, la cual se lleva a cabo a través de distintas sociedades participadas, directa o indirectamente, por la sociedad dominante del grupo (entidad H), entre ellas la entidad consultante.

En el año 2019, la entidad consultante A constituyó la sociedad S, ostentando el 100% de su capital social, con intención de introducirse en el mercado del juego on line mediante la explotación de licencias de juego on line. Tras realizar las gestiones y trámites oportunos, la entidad S obtuvo ese mismo año dos licencias para el desarrollo y explotación de la modalidad de apuestas y otros juegos on line. No obstante, fue a principios del año 2020 cuando obtuvo la aprobación final por parte de la Dirección General de Ordenación del Juego como operador de apuestas y otros juegos online.

Tras la puesta en marcha del proyecto, mediante la obtención de las mencionadas licencias, la afectación de las mismas a la actividad del grupo y la obtención de los permisos necesarios para poder operar en el mercado en cuestión, la entidad consultante A ha llevado a cabo una operación de venta de todas sus participaciones en la sociedad S.

Según manifiesta la entidad consultante, las razones que han llevado a realizar esta transmisión se centran exclusivamente en el dinamismo, para nada positivo, que el sector del juego on line ha adoptado en los últimos tres años, el cual ha generado que la inversión en la entidad S perdiera su atractivo empresarial y que las proyecciones financieras que se contemplaban se hayan visto drásticamente modificadas. Según indica, ello se debe principalmente a:

- El resentimiento que ha experimentado el sector debido a la crisis económica provocada por el Covid-19.
- La prohibición, prácticamente total, de la publicidad de los negocios dedicados al juego online establecida por el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades del juego, que dificulta la entrada y el posicionamiento a un mercado tan competitivo como es el del juego on line.
- El proyecto del Real Decreto, por el que se regula el desarrollo de entornos más seguros de juego, que potencialmente limita a aquellos jugadores con edad inferior a 25 años y recorta la apuesta máxima diaria permitida y el tiempo del juego.

Asimismo, atendiendo a las proyecciones financieras realizadas por la entidad consultante, se trataba de una inversión que requería, en su perspectiva más optimista, siete ejercicios para empezar a compensar las pérdidas que se generarían en los ejercicios iniciales. No obstante, era una inversión que la consultante, en un principio, estaba dispuesta a asumir, hasta que las consecuencias de la pandemia, que afectaron negativamente a la liquidez del grupo, junto con las limitaciones y prohibiciones establecidas por la normativa citada hicieron que se replantease la viabilidad del negocio del juego on line.

En consecuencia, pese a la voluntad e intención por parte de la entidad consultante A de desarrollar un proyecto empresarial en el marco del juego on line a través de la entidad S, debido a las dificultades expuestas, la consultante decidió aceptar la oferta de compra que le propuso una entidad tercera, procediendo así a transmitir sus participaciones en la entidad S en el ejercicio 2022.

Como información adicional de la entidad S (entidad transmitida), la entidad consultante A manifiesta que el activo de la primera está constituido principalmente por las citadas licencias, constituyendo más del 50% del activo. Para la obtención de las mismas, la entidad S ha realizado labores previas, debido a la complejidad de la documentación e informes requeridos por la Dirección General de Ordenación del Juego (entre otros: proyectos técnicos, planes operativos, informes de seguridad, desarrollo de servicio web de jugadores, desarrollo y homologación de sistemas técnicos de juego, modelos de contrato de juegos, informes correspondientes a la normativa de protección de datos, informes correspondientes a la prevención del blanqueo de capitales, gestión y presentación de tasas, etc.).

Además, se informa de que, para el inicio de la actividad mencionada, la entidad S no dispuso de personal propio. No obstante, ha utilizado medios personales de otras entidades del grupo para la realización de las labores necesarias y exigidas para el inicio de una actividad como es la de explotación y comercialización de apuestas y otros juegos on line (obtención de las licencias de juego on line, obtención de los permisos exigidos por la normativa correspondiente, evaluación de la viabilidad económica del proyecto, búsqueda de oportunidades de negocio, prospección de mercado, entre otras). Concretamente, señala que la obtención de las dos licencias de apuestas y otros juegos o nline ha supuesto un proceso complejo y dilatado en el tiempo (de más de dos años) y costoso a nivel económico, puesto que, en ocasiones, se ha tenido que recurrir a subcontratar a empresas externas para el apoyo en la realización de los mismos.

Por último, se afirma por la entidad consultante A que tanto ella como la entidad S formaban parte del mismo grupo mercantil, según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y del grupo de consolidación fiscal, cuya soci edad dominante es la entidad H.

Cuestión planteada :

Confirmación de que a la renta positiva generada en la transmisión del 100% de la participación de la entidad consultante A en la entidad S le resulta de aplicación la exención prevista en el artículo 21.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Contestación:

Respecto a la tributación de la renta positiva obtenida por la venta del 100% de las participaciones en la entidad S por parte de la entidad consultante A, el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS), en la redacción aplicable a los hechos señalados en la presente consulta, establece lo siguiente:

“1. Estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

En el supuesto de que la entidad participada obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el contribuyente tenga una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra. El referido porcentaje de ingresos se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio, en el caso de que la entidad directamente participada sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y formule cuentas anuales consolidadas. No obstante, la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento, salvo que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formen estados contables consolidados.

El requisito exigido en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la

transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición.

b) Adicionalmente, en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos.

(...)

3. Estará exenta la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. El mismo régimen se aplicará a la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo.

El requisito previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión. El requisito previsto en la letra b) del apartado 1 deberá ser cumplido en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación.

No obstante, en el caso de que el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 no se cumpliera en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación, la exención prevista en este apartado se aplicará de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Respecto de aquella parte de la renta que se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, se considerará exenta aquella parte que se corresponda con los beneficios generados en aquellos ejercicios en los que se cumpla el requisito establecido en la letra b) del apartado 1.

b) Respecto de aquella parte de la renta que no se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, la misma se entenderá generada de forma lineal, salvo prueba en contrario, durante el tiempo de tenencia de la participación, considerándose exenta aquella parte que proporcionalmente se corresponda con la tenencia en los ejercicios en que se haya cumplido el requisito establecido en la letra b) del apartado 1.

(...)

5. No se aplicará la exención prevista en el apartado 3 de este artículo:

a) A aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que tenga la consideración de entidad patrimonial, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley, que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación.

b) A aquella parte de las rentas derivadas de la transmisión de la participación en una agrupación de interés económico española o europea, que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación.

c) A las rentas derivadas de la transmisión de la participación, directa o indirecta, en una entidad que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 100 de esta Ley, siempre que, al menos, el 15 por ciento de sus rentas queden sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional regulado en dicho artículo.

Cuando las circunstancias señaladas en las letras a) o c) de este apartado se cumplan solo en alguno o algunos de los períodos impositivos de tenencia de la participación, no se aplicará la exención respecto de aquella parte de las rentas a que se refieren dichas letras que proporcionalmente se corresponda con aquellos períodos impositivos.

Lo dispuesto en este apartado resultará igualmente de aplicación en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo.

(...)

9. No se aplicará la exención prevista en este artículo:

a) A las rentas distribuidas por el fondo de regulación de carácter público del mercado hipotecario.

b) A las rentas obtenidas por agrupaciones de interés económico españolas y europeas, y por uniones temporales de empresas, cuando, al menos uno de sus socios, tenga la condición de persona física.

c) A las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y en relación con las cuales opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32 de esta Ley.

10. El importe de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades y el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad y en el resto de supuestos a que se refiere el apartado 3 anterior, a los que resulte de aplicación la exención prevista en este artículo, se reducirá, a efectos de la aplicación de dicha exención, en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones.

(...)”.

En cuanto a la tributación de la renta positiva derivada de la transmisión de las participaciones que ostenta la sociedad A en la entidad S, resultará de aplicación la exención prevista en el artículo 21 de la LIS, en la medida en que se cumplan los requisitos establecidos en su apartado 1 y, adicionalmente, no se incurra en ninguno de los supuestos del apartado 5 del mismo precepto.

En el caso concreto que nos ocupa, parecen cumplirse los requisitos previstos en las letras a) y b) del artículo 21.1 de la LIS, en la medida en que la entidad A ostenta el 100% de la sociedad S, residente en España, desde la constitución de la sociedad participada, en el ejercicio 2019, hasta el ejercicio 2022, año en el que se transmite dicha participación a un tercero.

Por lo tanto, si los requisitos analizados se cumplen en los términos anteriormente indicados, la entidad consultante A podrá aplicar la exención del artículo 21 de la LIS respecto de la renta positiva obtenida como consecuencia de la transmisión de su participación en la entidad S.

No obstante lo dispuesto en el expositivo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.5.a) de la LIS, en el supuesto de que la entidad S tuviera la consideración de entidad patrimonial, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de la LIS, la parte de la renta derivada de la transmisión que no se corresponda con un incremento de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada, durante el tiempo de tenencia de la participación, no tendrá derecho a aplicar la exención.

A este respecto, el apartado 2 del artículo 5 de la LIS dispone lo siguiente:

“2. A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica.

El valor del activo, de los valores y de los elementos patrimoniales no afectos a una actividad económica será el que se deduzca de la media de los balances trimestrales del ejercicio de la entidad o, en caso de que sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, de los balances consolidados. A estos efectos no se computarán, en su caso, el dinero o derechos de crédito procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales afectos a actividades económicas o valores a los que se refiere el párrafo siguiente, que se haya realizado en el período impositivo o en los dos períodos impositivos anteriores.

A estos efectos, no se computarán como valores:

- a) Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.
- b) Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.
- c) Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.
- d) Los que otorguen, al menos, el 5 por ciento del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este apartado. Esta condición se determinará teniendo en cuenta a todas las sociedades que formen parte de un grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas”.

De acuerdo con lo anterior, se entenderá por entidad patrimonial aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica, atendiendo a la media de los balances trimestrales del ejercicio de la entidad. Según manifiesta la entidad consultante A en el escrito de consulta, la entidad S no tiene la consideración de entidad dominante del grupo por lo que, a efectos de determinar si la entidad S es patrimonial, se atenderá a la media de los balances trimestrales individuales de la misma.

En la medida en que de la media de los balances trimestrales del ejercicio de la entidad S se deduzca que más de la mitad de su activo está constituido por valores o no está afecto a una actividad económica, la entidad S tendría la consideración de entidad patrimonial en dicho ejercicio y aplicaría la regla establecida en el artículo 21.5.a) de la LIS.

A tal efecto, el concepto de actividad económica está definido en el artículo 5.1 de la LIS, en los siguientes términos:

“1. Se entenderá por actividad económica la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En el caso de arrendamiento de inmuebles, se entenderá que existe actividad económica únicamente cuando para su ordenación se utilice, al menos, una persona empleada con contrato laboral y jornada completa.

En el supuesto de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el concepto de actividad económica se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo”.

Sentado lo anterior, a efectos de determinar si se ha producido el inicio de una actividad económica, deberá estarse a la existencia de una ordenación, por cuenta propia, de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, propios o de terceros, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios en el mercado.

La apreciación de tales circunstancias es una cuestión de hecho que deberá ser probada, en cada caso, por los órganos competentes en materia de comprobación e investigación.

En este punto, debemos traer a colación las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2015 (rec. 3263/2012) y de 13 de marzo de 2017 (rec. 185/2016); las Sentencias de la Audiencia Nacional, de 20 de octubre de 2011 (rec.nº 470/2008) y la de 15 de julio de 2021, número 3687/2021 (recurso núm. 78/2018) o las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central (RG 2106/2013 y RG3595/2010).

Siguiendo la jurisprudencia y doctrina citadas supra, a efectos de determinar si se ha producido o no el inicio de una actividad, deberán tomarse en consideración todos los elementos de hecho concurrentes, sin que pueda atribuirse una particular trascendencia a ninguno uno de ellos tomado de forma aislada, con arreglo a los principios de prueba libre y de valoración conjunta de la prueba que rigen en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de julio de 2021, número 3687/2021 (recurso núm. 78/2018) señalaba:

“(…) lo que se trata es de saber si, valorando el conjunto de los hechos, concurren una serie de indicios serios que permitan sostener que existe una clara voluntad de realizar la actividad de (...), al margen de que se hayan o no iniciado las obras (...).

(…) Y es que, pese a concurrir una clara voluntad de promoción, el inicio de las obras puede demorarse por diversas razones y no sería razonable sostener que, en tales casos, no existe actividad de promoción inmobiliaria.

(…) En opinión de la Sala, existen una serie de hechos de los que se infiere la existencia de actividad de promoción inmobiliaria. (...) En suma, hay una serie de indicios serios que invitan a sostener que la empresa viene realizando una actuación de promoción inmobiliaria. Es cierto, que no se dio de alta en el IAE en la actividad de promoción y que no contabilizó los inmuebles como existencias; pero valorando el conjunto de los datos indicados la Sala concluye que la sociedad ha venido realizando una actividad de promoción inmobiliaria” (FD 4º).

En el escrito de consulta se afirma que la entidad S tiene como actividad principal el desarrollo y la explotación del juego on line. Desde su constitución, en el ejercicio 2019, llevó a cabo todas las labores y gestiones necesarias para la obtención de sendas licencias administrativas necesarias para poder llevar a cabo la actividad de operador de apuestas y otros juegos on line. Para la obtención de dichas licencias, la entidad S debió incurrir en importantes gastos e inversiones con el fin de elaborar los proyectos técnicos, los planes operativos o los informes de seguridad preceptivos; crear un servicio web de jugadores y desarrollar y homologar los sistemas técnicos de juego, sin olvidar la elaboración de modelos de contrato de juegos o la elaboración de informes de cumplimiento normativo, en materia de protección de datos o de prevención de blanqueo de capitales o la realización de diversas tareas administrativas (presentación y pago de tasas administrativas, entre otros). De acuerdo con lo manifestado en el escrito de consulta, la entidad S obtuvo finalmente las preceptivas autorizaciones por parte del regulador del juego (Dirección General de Ordenación del Juego-DGOJ), en el ejercicio 2020. Según afirma la entidad consultante, el valor de las referidas licencias administrativas supera el 50% del valor del activo de la sociedad S.

En virtud de todo lo anterior, atendiendo a los hechos que constan descritos en el escrito de consulta, cabe inferir que la actividad desarrollada por la sociedad S no es una sucesión de actuaciones meramente preparatorias de la actividad de comercialización del juego on line, sino que se trata de un eslabón de la

referida actividad comercial que ha determinado una secuencia de actuaciones claramente tendentes a la producción o distribución de bienes y servicios en el mercado.

En definitiva, en la medida en que la actividad realizada por la entidad S haya determinado la existencia de una ordenación, por cuenta propia, de medios de producción o de recursos humanos, propios o de terceros, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios en el mercado, la entidad consultante A podrá aplicar la exención del artículo 21 de la LIS respecto de la renta positiva derivada de la transmisión de su participación en la entidad S.

Y todo ello, sin olvidar que se trata de una cuestión de hecho que el contribuyente deberá acreditar por cualquier medio de prueba admitido en derecho y cuya valoración corresponderá, en su caso, a los órganos competentes en materia de comprobación de la Administración Tributaria.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Fuente: Sitio web del Ministerio de Hacienda y Función Pública.