

Ana Cremades y María Sánchez Pérez

Aprobado el Real Decreto de inversiones exteriores

El BOE de 5 de julio de 2023 ha publicado el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (el “RD 571/2023”), que, entre otras cuestiones, desarrolla las previsiones en materia de suspensión del régimen de liberalización de inversiones extranjeras directas en España previsto en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (la “Ley 19/2003”)¹.

- El RD 571/2023 precisa y, en cierto grado, clarifica la regulación de las inversiones extranjeras directas en España incluidas en el ámbito de aplicación de la suspensión del régimen de liberalización de inversiones actualmente vigente, y, por lo tanto, sometidas a autorización administrativa previa.
- En este ámbito, la utilidad de la norma reside, principalmente, en prestar cobertura normativa a criterios interpretativos que se estaban aplicando en la práctica por las autoridades competentes, en particular en cuanto a las operaciones exentas de autorización, y desarrollar el procedimiento de autorización y consulta, aportando certidumbre en este aspecto.
- La **entrada en vigor de la norma se producirá el 1 de septiembre de 2023 y no resulta de aplicación a los expedientes de autorización de inversiones exteriores cuya tramitación se haya iniciado con anterioridad** a dicha fecha de entrada en vigor.

Partiendo de la base del concepto de inversión extranjera directa y el régimen de control previstos en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003², en la presente Nota Jurídica analizamos las principales novedades introducidas por esta nueva regulación en la parte relativa a la suspensión del régimen de liberalización de inversiones exteriores.

1. Principales aspectos relativos a las inversiones sujetas a autorización previa: Precisiones y exenciones

A. Concepto de inversión extranjera directa susceptible de control

- a) Se recoge expresamente en la norma que tanto el examen de las inversiones, como las medidas que puedan derivarse de estos, deberán **ser necesarios y proporcionados para preservar la seguridad, salud y orden públicos**.

De esta forma, transcurridos más de tres años de la aprobación de la modificación de la Ley 19/2003 que dio lugar al régimen actual de control de inversiones extranjeras en España, se refuerza que la finalidad y fundamento de la regulación de control de inversiones extranjeras se encuentra en el control por motivos de seguridad nacional y orden público, en línea con las previsiones del Derecho de la Unión Europea.

- b) Se precisa el concepto de inversión extranjera directa susceptible de control³. Así:

1. La norma también regula (i) la declaración de las inversiones extranjeras en España al Registro de Inversiones así como (ii) la declaración de las inversiones españolas en el exterior al Registro de Inversiones, si bien ambas cuestiones no son objeto de análisis en la presente nota jurídica.

2. Debe recordarse que dicho artículo fue introducido el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo y posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre y el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre.

3. A efectos de lo previsto en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003.

- No se someten a control operaciones de inversión que tengan nula o escasa repercusión en los bienes jurídicos protegidos por esta normativa⁴.
 - No se considerarán inversiones extranjeras directas susceptibles de control: (i) las reestructuraciones internas en un grupo de empresas, ni (ii) los incrementos en las participaciones empresariales por parte de un accionista que ya tenga una participación superior al 10% y que no supongan un cambio de control.
- c) Se recoge expresamente el criterio ya utilizado en la práctica por las autoridades competentes por el que **se consideran titulares de la inversión extranjera a las Sociedades Gestoras de las Instituciones de inversión colectiva** o entidades de inversión colectiva cerrada, fondos de pensiones de empleo u otras entidades de inversión para la jubilación, siempre que sus socios o beneficiarios no ejerzan legalmente derechos políticos ni tengan acceso privilegiado a la información de la empresa.

B. Criterio objetivo: ámbitos de inversión

Como es sabido, de conformidad con el artículo 7.bis de la Ley 19/2003 no toda inversión extranjera directa en España está sujeta a autorización previa, sino únicamente aquella en la que concurren alguno de los criterios objetivos o subjetivos que se precisan en los apartados 2 y 3 de ese mismo artículo.

En este contexto, y en cuanto al criterio objetivo, el RD 571/2023 introduce ciertas precisiones en las definiciones de los sectores de actividad definidos en el apartado 2 del artículo 7.bis en los que una inversión extranjera directa puede ser objeto de control⁵, entre las que destacan:

- a) Tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España: Se definen por primera vez expresamente como aquellas tecnologías que implican una cantidad o un porcentaje sustancial de financiación con cargo al presupuesto de la Unión Europea o de España. Por lo tanto, además de seguir previéndose la relevancia a efectos de control de determinadas clases o tipologías de tecnología (p.e. nanotecnología, biotecnología, etc.), se introduce expresamente la financiación pública como posible determinante de control.
- b) Insumos fundamentales: Se incluyen los insumos provistos por las compañías que desarrollan y modifican software empleado en la operación de infraestructuras críticas en sectores estratégicos (p.e. sector energético, telecomunicaciones, sanitario, transporte, etc.).

Adicionalmente, se prevén las siguientes **excepciones al régimen de autorización previa**:

- c) En el sector energético, independientemente de su importe, las inversiones en las que concurren las siguientes circunstancias⁶:
- Que las sociedades o activos adquiridos no ejerzan actividades reguladas⁷.
 - Que, como consecuencia de la operación, la sociedad no adquiera la condición de operador dominante en los sectores de generación y suministro de energía eléctrica, producción, almacenamiento, transporte y distribución de carburantes o biocarburantes, producción y suministro de gases licuados del petróleo o producción y suministro de gas natural⁸.

4. En concreto, el artículo 14.2 del RD 571/2023 hace referencia a los bienes jurídicos protegidos en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, el artículo 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 17 del propio RD 571/2023.

5. En la mayoría de los casos no suponen una novedad importante respecto a la Ley 19/2003 o la propia práctica de las autoridades.

6. Siempre que la inversión no deba sujetarse el régimen de autorización previa por el ámbito subjetivo, esto es, por las características del inversor. competentes.

7. Entendiéndose como tales la operación del sistema y del mercado eléctrico, el transporte y distribución de energía eléctrica, el suministro eléctrico en los territorios no peninsulares, la gestión técnica del sistema gasista, y la regasificación, almacenamiento básico, transporte y distribución de gas natural. Asimismo, tendrán la consideración de actividades reguladas aquellas otras que establezca la legislación sectorial de aplicación.

8. En los términos regulados en el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

- Si la inversión supone la adquisición de activos de producción de energía eléctrica, siempre que la cuota de potencia instalada por tecnología resultante sea inferior al 5 %, de acuerdo con los criterios de cálculo establecidos en el propio RD 571/2023.
 - La adquisición de sociedades que ejerzan la actividad de comercialización de energía eléctrica que tengan menos de 20.000 clientes.
- a) En el resto de sectores estratégicos sujetos a control (excepto el referido a las infraestructuras críticas y el ya referido sector energético), quedan exentas de autorización previa las inversiones extranjeras en las que la cifra de negocios de las sociedades adquiridas, no superen los 5.000.000 de euros⁹ en el último ejercicio contable cerrado, siempre que sus tecnologías no hayan sido desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España¹⁰.
 - b) Las inversiones mediante las cuales se adquieran inmuebles que no estén afectos a ninguna infraestructura crítica o que no resulten indispensables y no sustituibles para la prestación de servicios esenciales.
 - c) Las inversiones transitorias, esto es, de una corta duración (horas o días) en las que el inversor no llega a tener capacidad de influir en la gestión de la sociedad adquirida por tratarse de colocadores y aseguradores de emisiones de acciones y de ofertas públicas de venta o suscripción de acciones. En estos casos serán los inversores finales los que, en su caso, necesiten autorización.

Por último, se precisa que **estarán siempre sometidas a autorización** las siguientes inversiones:

- a) Las que se produzcan en operadores de comunicaciones electrónicas en los que sean titulares de concesiones para el uso del dominio público radioeléctrico, en bandas de frecuencias armonizadas de conformidad con la legislación de la Unión Europea, títulos habilitantes para la utilización de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española o hayan sido calificados como operadores con peso significativo en algún mercado relevante del sector de las comunicaciones electrónicas.
- b) Las operaciones referidas a actividades de investigación y aprovechamiento de yacimientos minerales de materias primas estratégicas.

C. Criterio subjetivo: características del inversor

En cuanto al criterio subjetivo, se contienen determinadas precisiones sobre los supuestos en los que, con arreglo al apartado 3 del artículo 7.bis) de la Ley 19/2003, la inversión extranjera se sujeta a control por las características del inversor con independencia del sector objeto de la inversión.

Entre otras cuestiones, se especifica que para determinar si un **inversor está controlado por el gobierno de un tercer país**:

- Podrá investigarse si este control se articula mediante una financiación significativa, incluidos subsidios, por el gobierno de un tercer Estado.
- Se contienen reglas específicas para determinar la existencia de ese control en el caso de fondos de naturaleza pública, o fondos de pensiones de empleados públicos¹¹.

9. Se eleva así el límite mínimo de 1 millón de euros previsto de forma transitoria en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

10. No obstante, las inversiones extranjeras directas siempre estarán sometidas a autorización en los siguientes casos: (a) Cuando se produzcan en operadores de comunicaciones electrónicas en los que sean titulares de concesiones para el uso del dominio público radioeléctrico, en bandas de frecuencias armonizadas de conformidad con la legislación de la Unión Europea, títulos habilitantes para la utilización de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española o hayan sido calificados como operadores con peso significativo en algún mercado relevante del sector de las comunicaciones electrónicas. (b) Cuando sean operaciones referidas a actividades de investigación y aprovechamiento de yacimientos minerales de materias primas estratégicas.

11. Podrá entenderse que no existe control público si de la naturaleza del gestor de los fondos, las previsiones legales o estatutarias de designación de sus administradores u otras previsiones estatutarias relativas a su gestión o naturaleza, se desprende que su política de inversión es independiente y se centra exclusivamente en la rentabilidad de sus carteras sin que quepa la influencia política de un tercer Estado.

2. Procedimiento de consulta voluntaria

Se introduce formalmente un procedimiento de consulta voluntaria a fin de determinar la sujeción de inversiones a autorización previa con las siguientes características¹²:

- Se establece un plazo de **30 días hábiles para responder** durante el cual se suspende la posibilidad de solicitar autorización hasta que se notifique la resolución¹³.
- La consulta deberá dirigirse:
 - a) A la **Dirección General de Armamento y Material** del Ministerio de Defensa en el caso de inversiones exclusivamente referidas a actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional.
 - b) A la **Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones** del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en el resto de los casos, incluidos aquellos que puedan verse sujetas a más de uno de los regímenes de autorización (i.e. además de los supuestos regulados en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, también puedan estar relacionadas con la Defensa Nacional).
- La resolución de la consulta se emitirá previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores (“JINVEX”) y tendrá carácter vinculante para los órganos y entidades de la Administración consultada en relación con el consultante.
- Se establece expresamente el carácter confidencial de las actuaciones.

3. Procedimiento de autorización previa

A. Novedades procedimentales: Plazo, prórroga y efectos y contenido de la resolución de autorización

Se introducen las siguientes disposiciones respecto del procedimiento de autorización administrativa previa de inversiones extranjeras en España:

- a) La solicitud de autorización debe resolverse y notificarse al interesado en un **plazo máximo de tres meses**¹⁴.
- b) Se mantiene el informe previo de la JINVEX y se prevé expresamente que las solicitudes de autorización de inversiones de **importe igual o inferior a cinco millones de euros se resolverán por el titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones**.
- c) Respecto de los **efectos y contenido de la autorización** y ejecución de la inversión autorizada, se precisa lo siguiente:
 - Las inversiones autorizadas **deberán ejecutarse dentro del plazo** que específicamente hubiese señalado la autorización o, en su defecto, en el plazo de seis meses. Transcurrido este plazo sin ejecutarse la inversión, la autorización quedará sin efecto salvo que se obtenga una prórroga.
 - La **prórroga del plazo de la autorización** puede solicitarse (i) una única vez, (ii) por un plazo de seis meses adicionales y (iii) siempre con anterioridad a que finalice el plazo de la autorización original.

12. Debe señalarse que este procedimiento de consulta voluntaria se venía aplicando en la práctica por la Subdirección General de Inversiones Exteriores si bien no contaba con una regulación específica.

13. Transcurrido este plazo sin resolución expresa de la consulta, se podrá presentar una solicitud de autorización de la inversión.

14. No se prevén expresamente las consecuencias de la no resolución de la solicitud de autorización en plazo, pero entendemos que debe interpretarse que el silencio administrativo es negativo. Así se prevé expresamente en el propio RD 571/2023 para los procedimientos específicos de autorización de inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional, y las inversiones exteriores en España en actividades directamente relacionadas con armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil u otro material de uso por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

- Las **alteraciones de los términos de la inversión autorizada** (i) deberán ser notificadas al órgano de la Administración que tramitó la correspondiente solicitud; y (ii) cuando la alteración modifique sustancialmente las condiciones de la inversión, deberá someterse nuevamente a autorización.
- Se prevé expresamente que la resolución de **autorización podrá estar sujeta a condiciones** impuestas por la propia autoridad competente, o compromisos presentados por el inversor y aceptados por esta.
- d) Se precisan los efectos de la ejecución de **operaciones de inversión sin la preceptiva autorización previa**, indicando que, al carecer estas operaciones de validez y efectos jurídicos, el inversor extranjero **no podrá ejercer sus derechos económicos y políticos en la sociedad española** hasta que se obtenga la necesaria autorización.
- e) Se regula expresamente la remisión de una **comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)** en el caso de que pueda resultar de aplicación la suspensión del régimen general de liberalización y, por tanto, la sujeción a autorización previa, a las adquisiciones derivadas de una oferta pública de compra, venta o de suscripción de acciones admitidas a negociación en un mercado regulado español, con el fin de que el oferente incluya esta información en la documentación que en su caso deba difundirse en relación con la oferta.
- f) Asimismo, el notario que tenga conocimiento de que una operación de inversión exterior está sujeta a autorización previa, deberá informar a los solicitantes de la necesidad de obtención de esta.
- g) Se recoge expresamente el **carácter confidencial** de la información aportada en el procedimiento de autorización.

B. Otras previsiones

- a) Se tramitará una única solicitud de autorización conjunta en el caso de inversiones llevadas a cabo mediando el acuerdo de dos o más inversores, con el fin de ejercer el control conjunto sobre el objeto de la inversión.
- b) Se considerará una sola inversión el supuesto de dos o más operaciones de inversión exterior que tengan lugar dentro de un período de dos años entre los mismos compradores y vendedores.
- c) Las inversiones sujetas simultáneamente a regímenes de control de Industria y Defensa se elevarán de forma simultánea a la JINVEX y se elevarán conjuntamente en una única propuesta de Acuerdo al Consejo de Ministros¹⁵.

4. El caso particular de las actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional o con armas y explosivos de uso civil

A. Actividades directamente relacionadas con la defensa nacional

El propio control de inversiones en el ámbito de Defensa no es una novedad, ya que es previo incluso a la reforma que introdujo el artículo 7 bis de la Ley 19/2003. Sin embargo, el RD 5221/2023 introduce ciertas precisiones:

- a) Se modifica la definición de los sujetos que pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España a efectos del control en el ámbito de Defensa. Así, además de los inversores extranjeros no residentes, se incluyen las personas físicas extranjeras «residentes», con independencia de su nacionalidad.

15. Se refiere los procedimientos de solicitud de autorización que se encuentren sujetos a más de uno de los regímenes de autorización regulados por el RD 571/2023 (i.e. inversiones sujetas simultáneamente a uno de los supuestos regulados en el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, y al régimen de autorización de inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional y/o actividades directamente relacionadas con armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil u otro material de uso por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado).

- b) Se precisa la definición de actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, indicando que incluyen las que afectan a las capacidades industriales y áreas de conocimiento necesarias para proveer los equipos, sistemas y servicios que doten a las Fuerzas Armadas de las capacidades militares necesarias, así como las que se destinen a la producción (entendiendo por tal el diseño y la fabricación), el mantenimiento o el comercio de material de defensa en general.
- c) Se precisan **los límites a partir de los cuales se sujetan a control las inversiones**:
- Estarán exentas de control las inversiones por debajo del 5% del capital social cuando no permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración¹⁶.
 - Además, **estarán exentas de autorización y únicamente sujetas a comunicación las inversiones extranjeras cuando se haya alcanzado entre el 5% y el 10% del capital social**, siempre y cuando el inversor se comprometa fehacientemente en escritura pública a no utilizar, ejercer ni ceder a terceros sus derechos de voto, ni a formar parte de cualesquiera órganos de administración de la **sociedad cotizada**¹⁷.
- d) En aquellos casos en que la inversión exterior, por su naturaleza, características o importe de la operación, no afecte a los intereses esenciales de la defensa, podrá ser autorizada por el titular de la Dirección General de Armamento y Material, previo informe de la JINVEX.

B. Inversiones extranjeras en España en actividades relacionadas con la fabricación, comercio o distribución de armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil

Se establece como un régimen independiente y diferenciado el control de inversiones extranjeras en el ámbito de las actividades relacionadas con la fabricación, comercio o distribución de armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil.

16. Por lo tanto, en principio parece que se extiende el límite del 5% capital a las sociedades no cotizadas.

17. Esta mención a sociedad cotizada en la redacción literal de la norma parece querer limitar la aplicación de esta excepción a sociedades cotizadas, pero sería conveniente una aclaración de este aspecto.

CONTACTOS



Ana Cremades

Socia

acremades@perezllorca.com

T. +34 91 423 66 52



Sonsoles Centeno

Socia

scenteno@perezllorca.com

T: +32 (0) 2 79 67 51



Elena Veleiro

Socia

eveleiro@perezllorca.com

T. +34 91 423 66 72



Pablo Figueroa

Socio

pfigueroa@perezllorca.com

T: +34 91 389 01 78



Juan Rodríguez Cárcamo

Socio

jmrodriguez@perezllorca.com

T. +34 91 436 04 32

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 7 de julio de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

