

LA CONSOLIDACIÓN DEFINITIVA DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN ESPAÑA

Entre muchas de las medidas que el Gobierno adoptó como consecuencia de la declaración del estado de alarma mediante el Real Decreto 436/2020, de 14 de marzo, con un significativo impacto en las inversiones en España, destacó la suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en nuestro país, a través de la introducción de un nuevo artículo 7 bis 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 ("Ley 19/2003"), operada por el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, modificado en tres ocasiones hasta la fecha.

Como consecuencia de esta norma, se generalizó la necesidad de obtener autorización para inversiones extranjeras, prevista excepcionalmente en el pasado para sectores muy concretos, cuando fueran realizadas por residentes de países ajenos a la Unión Europea ("UE") y a la Asociación Europea de Libre Comercio ("AELC").

Sin embargo, la genérica redacción de dicho precepto, origen de múltiples problemas prácticos de interpretación y aplicación en la variada casuística, evidenció ya desde un primer momento la necesidad de un desarrollo reglamentario que, pese a estar contemplado desde marzo de 2020, se acaba de aprobar, más de tres años después, mediante el Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores ("RD 571/2023") que, además, sustituye al anterior Real Decreto 664/1999 en la materia.

Aspectos clave del RD 571/2023

- Se evidencia la vocación de permanencia del régimen de control de inversiones extranjeras inicialmente establecido con carácter extraordinario y transitorio durante el COVID.
- Se alinea con las normas adoptadas por otros Estados Miembros de la UE.
- Se afina la definición de los sectores estratégicos.
- Se concretan las excepciones de autorización previa.
- Se regulan los plazos para la realización de la inversión autorizada.
- El RD entra en vigor el 1 de septiembre de 2023.

La aprobación del RD 571/2023 evidencia la vocación de permanencia del régimen de control de inversiones extranjeras, inicialmente establecido por el Gobierno con carácter extraordinario y transitorio con motivo de la pandemia del SARS-CoV-2, en la línea de normas adoptadas con la misma vocación por otros Estados Miembros de la UE.

Se reseñan a continuación las principales novedades y/o concreciones introducidas por el RD 571/2023, en lo que atañe al régimen general de las inversiones extranjeras directas en España.

¿SE INCLUYE ALGUNA EXENCIÓN A LA NECESIDAD DE OBTENER AUTORIZACIÓN PREVIA?

Sí. El RD 571/2023 excluye de la necesidad de autorización previa algunas operaciones, y fija el criterio para determinar quién será considerado el titular de la inversión en caso de inversiones por parte de instituciones de inversión o fondos de pensiones y similares residentes en la UE o en la AELC o, entidades o figuras análogas que sean residentes en terceros países.

- El RD 571/2023 dispone que no se considerarán inversiones directas a los efectos del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, susceptibles de sometimiento a control, las siguientes:
 - Las reestructuraciones internas en un grupo de empresas.
 - Los incrementos en las participaciones empresariales por parte de un accionista que ya tenga una participación superior al 10 por ciento y que no vayan acompañados de cambios en el control.
- La norma también establece una presunción de unidad de acción de duración bianual, al disponer que cuando dos o más operaciones de inversión exterior tengan lugar dentro de un período de dos años entre los mismos compradores y vendedores, éstas se considerarán como una sola realizada en la fecha de la última operación.
- Se prevé que en el caso de instituciones de inversión colectiva o entidades de inversión colectiva cerrada residentes en la UE o en la AELC, y fondos de pensiones de empleo u otras entidades de inversión para la jubilación que estén autorizados y domiciliados en la UE o en la AELC, o, en ambos casos, entidades o figuras análogas que sean residentes en terceros países, se considerarán titulares de la inversión extranjera y, en consecuencia, sujetos de la inversión extranjera, las sociedades gestoras (General Partnerships) de las mismas, siempre y cuando los socios o beneficiarios no ejerzan legalmente derechos políticos ni tengan acceso privilegiado a la información de la empresa, con lo cual se tendrá que tener en cuenta el papel efectivo desempeñado por los Limited Partners en cada caso.

El Gobierno ha concretado el criterio que se había venido aplicando en la práctica, bendecido por el propio Ministerio de Industria,

Comercio y Turismo ("Ministerio"), si bien con la cautela de que deberá comprobarse en todo caso dónde residen las decisiones de inversión a realizar por el inversor directo.

¿QUÉ CONCRECIONES INCORPORA EL RD 571/2023 POR LO QUE SE REFIERE A LA DEFINICIÓN DE LOS SECTORES ESTRATÉGICOS?

Consciente de que éste es uno de los aspectos que más dudas ha generado, el Gobierno ha afinado la definición de los sectores estratégicos capturados por el artículo 7 bis.2 de la Ley 19/2003, especificando lo siguiente:

- Define qué debe entenderse por tecnologías críticas y de doble uso; tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial; y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España.
- Desarrolla el concepto de insumos fundamentales a efectos de inversiones extranjeras directas.
- Concreta las empresas que se considerarán con acceso a información sensible.

¿ESTABLECE EL RD 571/2023 ALGUNA EXENCIÓN NO PREVISTA HASTA EL MOMENTO EN RELACIÓN A LOS SECTORES ESTRATÉGICOS QUE DEFINE EL ARTÍCULO 7 BIS DE LA LEY 19/2003?

Sí, concretamente, quedan exentas de autorización previa las siguientes inversiones extranjeras:

- En el sector energético, con independencia de su montante, no tendrán la consideración de insumos fundamentales, las operaciones en las que el inversor no reúna ninguna de las circunstancias objetivas que determinan la sujeción de la inversión al régimen de autorización con independencia del sector, conforme al apartado 3 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003, siempre que concurran las siguientes condiciones:
 - Que las sociedades o activos adquiridos no ejerzan actividades reguladas.
 - 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 natural, conforme al Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.
 - Cuando la inversión extranjera suponga la adquisición de activos de producción de energía eléctrica, siempre que la cuota de potencia instalada por tecnología resultante sea

inferior al 5 por ciento, conforme a los criterios que fija el propio RD 571/2023 a efectos del cálculo de dicha cuota.

- Cuando la inversión extranjera suponga la adquisición de sociedades que ejerzan la actividad de comercialización de energía eléctrica, siempre que el número de clientes de la sociedad adquirida sea inferior a 20.000.
- Las inversiones extranjeras directas en las que la cifra de negocios de las sociedades adquiridas no supere los 5.000.000 de euros en el último ejercicio contable cerrado, en los siguientes sectores, y siempre que sus tecnologías no hayan sido desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España:
 - Tecnologías críticas y de doble uso, tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España.
 - Insumos fundamentales.
 - Sectores con acceso a información sensible.

Medios de comunicación social (sin perjuicio de la regulación específica en materia de servicios de comunicación audiovisual). Ello no obstante, las siguientes inversiones extranjeras directas, subsumibles en los sectores enumerados anteriormente, siempre estarán sometidas a autorización:

- Inversiones en operadores de comunicaciones electrónicas en los que concurra alguna de las siguientes condiciones:
 - Que sean titulares de concesiones para el uso del dominio público radioeléctrico.
 - Que sean titulares de títulos habilitantes para la utilización de los recursos órbita-espectro en el ámbito de la soberanía española o
 - Que hayan sido calificados como operadores con peso significativo en algún mercado relevante del sector de las comunicaciones electrónicas.
- Inversiones referidas a actividades de investigación y aprovechamiento de yacimientos minerales de materias primas estratégicas.
- 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.
- Las llamadas, inversiones transitorias, esto es, las 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 (serán los inversores finales los que, en su caso, necesiten autorización).

La introducción de estas exenciones mediante desarrollo reglamentario hace desaparecer la exención de minimis de las inversiones de valor inferior a 1.000.000 euros, vigente hasta ahora.

¿SE HA PRODUCIDO ALGUNA MODIFICACIÓN EN RELACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DEL INVERSOR PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 7 BIS 3 DE LA LEY 19/2003 QUE TAMBIÉN DETERMINAN LA NECESIDAD DE OBTENER AUTORIZACIÓN EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS?

No. Ello no obstante, en cuanto a los inversores de carácter soberano, se incluye un criterio adicional para determinar su dependencia del gobierno de un tercer Estado: la financiación significativa, incluidos subsidios.

Además, se eleva a categoría reglamentaria lo que era una práctica consolidada por parte del Ministerio. No se entenderán controlados por el gobierno de terceros países los vehículos a través de los que se invierten fondos de naturaleza pública, o fondos de pensiones de empleados públicos, 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.

¿QUÉ NOVEDADES PROCEDIMENTALES SE INTRODUCEN A LOS EFECTOS DE LA OBTENCIÓN DE LA AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL CONSEJO DE MINISTROS?

La novedad procedimental más relevante es la unificación del plazo de resolución, que se reduce de seis a tres meses independientemente del montante de la inversión y del sector.

¿SE MODIFICAN LOS EFECTOS QUE LA LEY 19/2003 ESTABLECE PARA LAS OPERACIONES DE INVERSIÓN LLEVADAS A CABO SIN LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN PREVIA?

No. Ello no obstante, se especifica que hasta que no se legalice la inversión, no se podrán ejercer los derechos económicos y políticos del inversor extranjero en la sociedad española objeto de inversión.

¿SE ESTABLECE ALGÚN PLAZO PARA LA REALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES AUTORIZADAS?

Sí, el que establezca específicamente la autorización y, en su defecto, seis meses, con posibilidad de obtener una única prórroga por seis meses adicionales. Si la inversión no se realiza dentro del plazo establecido o de su prórroga, la autorización quedará sin efecto y, por tanto, la operación como no autorizada.

¿DEBE OBTENERSE UNA NUEVA AUTORIZACIÓN SI SE MODIFICAN LOS TÉRMINOS DE UNA INVERSIÓN AUTORIZADA?

Sólo cuando la alteración modifique sustancialmente las condiciones de la inversión autorizada. En caso contrario la modificación queda sujeta a notificación.

¿REGULA EL RD 571/2023 EL TRÁMITE HASTA AHORA INFORMAL DE CONSULTA PREVIA?

Sí, en caso de duda sobre el sometimiento de una concreta inversión (o su modificación) a autorización previa, cabe presentar consulta haciendo vinculante la respuesta dada por la Administración. La consulta deberá contestarse en el plazo de 30 días hábiles, durante los cuales no podrá presentarse solicitud de autorización (deberá aguardarse a la conclusión de dicho plazo de respuesta para poder presentar una solicitud de autorización).

A efectos de la consulta, deberá presentarse toda la información necesaria para que se pueda concluir sobre la necesidad o no de autorización previa.

¿CUÁNDO ENTRA EN VIGOR EL RD 571/2023 Y QUÉ OCURRE CON LOS PROCEDIMIENTOS EN CURSO?

El RD 571/2023 dispone su entrada en vigor para el 1 de septiembre de 2023.

Según sus disposiciones transitorias, los procedimientos en curso a dicha fecha se regirán por la normativa anterior, inclusive los que se benefician del procedimiento abreviado actualmente vigente para inversiones inferiores a 5.000.000 euros.

¿AFECTA ESTE RD 571/2023 AL RÉGIMEN TRANSITORIO EXTRAORDINARIO DE CONTROL DE INVERSIONES PROCEDENTES DE LA UE?

La aprobación del RD 571/2023 no sustituye ni deroga la Disposición transitoria única del Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria ("RDL 34/2020"), por la que se establece un régimen especial extraordinario de control de las inversiones por parte de residentes en la UE (cuya titularidad real sea también intracomunitaria) hasta el 31 de diciembre de 2024.

CONTACTOS



Jaime Almenar
Socio

T +34 91 590 4148
E jaime.almenar
@cliffordchance.com



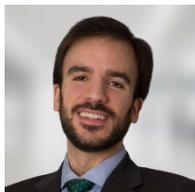
José Luis Zamarro
Socio

T +34 91 590 7547
E joseluis.zamarro
@cliffordchance.com



Carme Brier
Senior Counsel

T +34 93 344 2210
E carme.brier
@cliffordchance.com



Octavio Canseco
Abogado Senior

T +34 91 590 9416
E octavio.canseco
@cliffordchance.com



Marc Casas
Abogado Senior

T +34 91 590 9491
E marc.casas
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2023

Clifford Chance, S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.