

# Suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España como consecuencia del COVID-19

**Juan Ignacio Romero Sánchez**

*Of counsel* de Gómez-Acebo & Pombo Abogados

**Carlos Vázquez Cobos**

Abogado, socio coordinador del Área de Público de Gómez-Acebo & Pombo

---

*En este trabajo se analiza y describe el alcance de las medidas extraordinarias adoptadas por el Gobierno para someter a autorización determinadas inversiones extranjeras directas en España como consecuencia de la situación económica derivada de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.*

## 1. Consideraciones generales sobre la suspensión del régimen de liberalización operada por el Real Decreto Ley 8/2020

La disposición final 4.1 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ha introducido un nuevo artículo 7 bis en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre el régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, modificando para determinados supuestos el modelo de control de las inversiones extranjeras al cambiar en dichos casos el actual sistema general de liberalización por la exigencia de una expresa autorización *ex ante* para poder llevar a cabo dichas inversiones.

Tal medida trae su causa, según reza la exposición de motivos del Real Decreto Ley 8/2020, de la amenaza cierta que, para empresas españolas cotizadas y no cotizadas, resulta del reciente impacto de la crisis global desencadenada por el COVID-19 sobre los mercados bursátiles

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

mundiales, al ver mermado su valor patrimonial, por ser muchas de ellas empresas pertenecientes a los sectores estratégicos de nuestra economía.

La nueva regulación se dicta al amparo de las previsiones recogidas para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea por el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, si bien, posiblemente por la urgencia de su aprobación, de una manera poco precisa en términos jurídicos, pues, en lugar de aplicar a la situación actual los factores que conforme al artículo 4 de dicho reglamento los Estados miembros pueden tener en cuenta para establecer un régimen de control, reproduce casi milimétricamente los supuestos previstos en dicho precepto, que están descritos con gran generalidad; ello dará lugar, sin duda, a una gran incertidumbre en la aplicación del nuevo régimen.

De igual manera, la alternativa empleada —aprobar un instrumento normativo con rango legal en lugar de utilizar la habilitación prevista en el artículo 7 de la Ley 19/2003— conlleva la coexistencia de una duplicidad de regímenes con igual finalidad, aun cuando el nuevo precepto legal identifique los supuestos y operaciones a los que afecta. Esta confusión se refuerza con el hecho de que el apartado 6 del artículo 7 *bis* permita algo tan inusual como que el propio Gobierno pueda dejar sin efecto por decisión administrativa un régimen legal.

Esperemos, en este sentido, que el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros celebrado el pasado 24 de marzo de tramitar con carácter de urgencia el Proyecto de Real Decreto sobre Inversiones Exteriores nos permita disponer en breve de un desarrollo reglamentario que nos ayude a precisar algunas de las dudas que en estos momentos la aprobación del nuevo artículo 7 *bis* plantea.

En cualquier caso, entendemos que cualquier labor interpretativa debería efectuarse con carácter restrictivo (*odiosa sunt restringenda*), dada la naturaleza de Derecho excepcional del real decreto ley que aquí nos ocupa (art. 4.2 del Código Civil), y que dicha interpretación lo sea en función de la voluntad manifiesta del legislador, que no es la de limitar la inversión extranjera, sino la de impedir que la situación económica que estamos viviendo sea aprovechada por inversores extranjeros para llevar a cabo operaciones que pudieran afectar significativamente a sectores estratégicos de nuestra economía.

## **2. Alcance del nuevo régimen autorizatorio exigido para determinadas inversiones extranjeras**

Como hemos indicado previamente, el artículo 7 *bis* recoge un sistema excepcional de suspensión del régimen general de liberalización que está sujeto a una serie de requisitos, que son los siguientes:

### *2.1. Ámbito subjetivo*

En todo caso, y con carácter previo, se exige que se trate de inversiones extranjeras directas en España. Se entienden por tales únicamente las realizadas por residentes de países

de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio (Noruega, Islandia, Suiza o Liechtenstein), en las que el inversor extranjero:

- a) pase a tener una participación igual o superior al 10 % del capital social de la sociedad española;
- b) o, como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico, participe de forma efectiva en la gestión o en el control de dicha sociedad.

El concepto de 'residente extranjero' se delimita, a estos efectos, en el artículo 2 de la Ley 19/2003; incluye, por tanto, dentro de sí a las sociedades domiciliadas en el extranjero y excluye a las sucursales en territorio español de personas jurídicas residentes en el extranjero. Partiendo de esta delimitación, ante la ausencia de una referencia expresa en la regulación aprobada, resulta difícil valorar en qué medida la suspensión afecta a las adquisiciones llevadas a cabo por medio de participaciones indirectas (tanto a través de filiales como de sucursales residentes en España), pues, si bien existen argumentos para entender que la adquisición de participaciones indirectas debe quedar incluida en su ámbito subjetivo (utilizando por ejemplo el concepto de 'propietario real' propio de la normativa sobre blanqueo de capitales), una aplicación generalizada de dicha conclusión daría lugar a la extensión del régimen de suspensión más allá de los objetivos perseguidos por la norma.

De igual forma, la expresión utilizada por el artículo 7 bis parece indicar que no se aplicaría a los supuestos de adquisición de activos o de adquisición de participaciones cuando ya se tenga como mínimo el 10 %, siempre y cuando el aumento del porcentaje societario no implique —si no se tenía ya— el control de la sociedad o la participación de forma efectiva en su control o gestión.

Esta segunda posibilidad (la participación de forma efectiva en el control o gestión de la sociedad como consecuencia de la inversión extranjera) es extremadamente amplia, pues no sólo no exige que se tome el control —sino únicamente que se participe en él—, sino que abarca cualquier tipo de operación, negocio o acto jurídico que pueda tener como resultado dicha participación efectiva. Se incluyen, por tanto, contratos de opciones, operaciones de autocartera, etcétera, que requerirán siempre un análisis caso por caso.

Por último, resulta igualmente difícil precisar si el Reino Unido puede considerarse en estos momentos un país miembro de la Unión Europea, teniendo en cuenta que existen argumentos sólidos para entender que sí tiene tal consideración de la lectura de diversos preceptos del acuerdo de retirada, en la medida en que su salida efectiva no se producirá hasta el 31 de diciembre del 2020. Ahora bien, no es fácil prever cuál será el criterio que finalmente adopte el Gobierno sobre dicha cuestión, dada la sensibilidad política y económica que la respuesta implica.

## 2.2. *Ámbito objetivo*

Tratándose de una inversión extranjera directa en España definida en los términos anteriores, es necesario además que tenga lugar dicha inversión en uno de los dos supuestos siguientes:

2.2.1. Que se realice en alguno de los sectores económicos que se relacionan en el apartado 2 del artículo 7 bis, en concreto, los siguientes:

- a) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales las mencionadas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.
- b) Tecnologías críticas y productos de doble uso tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) número 428/2009 del Consejo, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.
- c) Suministro de insumos fundamentales —en particular, la energía—, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, o los referidos a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.
- d) Sectores con acceso a información sensible —en particular, a los datos personales— o con capacidad de control de dicha información, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.
- e) Medios de comunicación.

El artículo 7 bis indica adicionalmente «y que afecten al orden público, la seguridad pública y a la salud pública». Es difícil interpretar qué sentido tiene tal añadido, dado que los sectores indicados son, precisamente y conforme al artículo 4.1 del reglamento comunitario, los supuestos en donde pueden darse los efectos potenciales sobre el orden público, la seguridad pública y la salud pública. En cualquier

caso, para determinar si una inversión extranjera directa en España entra dentro del ámbito de aplicación de cada uno de esos sectores, habrá de acudir a la normativa sustantiva que regula el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

Lo que sí permite el artículo 7 *bis* es que el Gobierno pueda suspender igualmente el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no indicados anteriormente cuando también puedan afectar a la seguridad pública, al orden público y a la salud pública; se remite para su adopción al régimen general de suspensión previsto en el artículo 7 de la Ley 19/2003.

2.2.2. Cuando, sin realizarse en los sectores económicos anteriormente mencionados, se dé alguno de los supuestos siguientes:

- a) que el inversor extranjero esté controlado directa o indirectamente por el Gobierno, incluidos los organismos públicos o las Fuerzas Armadas de un tercer país, aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio;
- b) que el inversor extranjero haya efectuado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 del artículo 7 *bis*;
- c) que se haya abierto un procedimiento —administrativo o judicial— contra el inversor extranjero en otro Estado miembro, en el Estado de origen o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales.

### 2.3. *Ámbito temporal*

El artículo 7 *bis* introducido por el Real Decreto Ley 8/2020 despliega sus efectos desde el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, es decir, desde el 18 de marzo del 2020. Y puede entenderse que, en la medida en que supone una modificación legislativa, tiene vigencia indefinida. Ahora bien, también existen dudas sobre el alcance temporal de la nueva regulación, dado que la disposición final décima del Real Decreto Ley 8/2020 establece una vigencia de un mes desde su entrada en vigor para las medidas previstas en él, sin perjuicio de que se pueda prorrogar su duración mediante otro real decreto ley.

En consecuencia, el régimen de suspensión afectaría, pues, a todas las inversiones que no se hayan realizado o llevado cabo (en terminología del propio artículo 7 *bis*) con anterioridad al 18 de marzo. La concreción, en las operaciones en trámite o pendientes del

denominado *closing*, de si la inversión se ha realizado o llevado a cabo con anterioridad a dicha fecha será una cuestión que habrá que analizar en cada caso conforme a los documentos contractuales en los que se formalice la inversión.

### 3. Procedimiento y órgano competente para la obtención de la autorización

A falta de un nuevo desarrollo reglamentario —que como hemos indicado está en curso por la vía de urgencia—, el procedimiento actualmente vigente es el previsto en el artículo 10 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, y en el artículo 11 de la Orden de 28 de mayo del 2001. A tal efecto, deben distinguirse estas dos fases:

- a) La solicitud de autorización administrativa previa que debe dirigirse, según la vigente distribución de competencias, al director general de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Esta solicitud debe ir acompañada de a) una certificación expedida por el órgano competente de la sociedad en la que se invierte que contenga una transcripción literal de su objeto social; b) una memoria explicativa sucinta sobre la situación económico-financiera y patrimonial de la sociedad objeto de inversión, y c) una descripción detallada de la operación de inversión que se propone efectuar, así como información relativa al inversor (en concreto, tratándose de personas jurídicas, las participaciones en su capital que representen un porcentaje superior al 5 %, las cuentas anuales e informe de gestión, la composición de sus órganos de dirección y la estructura detallada del grupo al que eventualmente pertenezca). En todo caso, en la instrucción del procedimiento, la Administración podrá exigir cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos.
- b) La resolución del procedimiento, que corresponderá al Consejo de Ministros, a propuesta, en la actualidad, del ministro de Industria, Comercio y Turismo y, en su caso, del titular del departamento competente por razón de la materia y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores. Transcurridos seis meses desde la presentación sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá que la operación no es autorizada, por prevalencia del artículo 6 de la Ley 19/2003 sobre el artículo 11.3 de la Orden de 28 de mayo del 2001.

La autorización que, en su caso, conceda el Consejo de Ministros podrá contener condiciones o medidas de mitigación del riesgo para la seguridad y el orden público detectadas, proporcionales a aquél, como señala en particular el actual artículo 9.3 del borrador del Proyecto de Real Decreto de Inversiones Exteriores en tramitación.

Dada la generalidad con la que están definidos los sectores económicos afectados —anteriormente descritos—, podría ser recomendable que se introdujera un mecanismo previo o un procedimiento simplificado alternativo que permitiera adoptar una decisión más ágil para aquellas inversiones acerca de las que, pudiendo estar incluidas dentro del ámbito objetivo de la norma, se considere, por su alcance, tamaño o circunstancias, o por la activi-

dad específica desarrollada por la entidad en la que se concreta la inversión, que no tienen ningún efecto potencial respecto al orden público y a la seguridad y salud públicas.

Conforme a la normativa vigente, las inversiones autorizadas deberán efectuarse dentro del plazo que específicamente hubiere señalado la autorización o, en su defecto, en el de seis meses. En cualquier caso, según lo indicado en el apartado 5 del artículo 7 bis, las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se legalicen mediante la correspondiente autorización.

La autorización para las inversiones extranjeras directas aquí expuesta se entiende sin perjuicio de los regímenes especiales autorizatorios que afecten a las inversiones extranjeras en España establecidos en legislaciones sectoriales (defensa, por ejemplo). E, igualmente, se entiende sin perjuicio de que los cobros y pagos derivados de las inversiones exteriores queden sujetos a su normativa de aplicación. Y deberá ser otorgada al margen de las autorizaciones que pueda requerir la inversión conforme a la normativa sectorial aplicable, ya sea la propia de la actividad desempeñada por la sociedad participada (concesiones administrativas, sectores regulados, por ejemplo), o la relativa al tipo de operación que hay que llevar a cabo (control de concentraciones y opas, entre otras).