

Análisis del artículo 7bis de 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

Rafael Díaz Yeregui
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

Javier Gómez de Miguel
Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL

I. Introducción	102
II. Inversión extranjera	103
1. Concepto	103
1.1. Cuestiones generales	103
1.2. Participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española	103
2. Participación efectiva en la gestión o control de la sociedad española	104
3. Residencia del inversor	106
4. Operaciones exentas por razón de su importe	108
III. Sectores afectados	108
1. Cuestiones generales	109
2. Infraestructuras críticas	110
3. Tecnologías críticas y productos de doble uso	110
4. Suministro de insumos fundamentales	111
5. Acceso a información sensible	111
6. Medios de comunicación	112
IV. Tipología de inversores afectados	112
1. Cuestiones generales	112
2. Inversor extranjero controlado por un gobierno de un tercer país	113
3. Inversor extranjero que con participación o inversiones en sectores que afecten a la seguridad, orden público y salud pública	113
4. Inversor extranjero contra el que se haya abierto un procedimiento administrativo o judicial	114
V. Otros sectores	115
VI. Procedimiento de autorización	115
1. Procedimiento	116
2. Validez y efectos jurídicos	117
VII. Conclusión	117



Resumen: En este artículo se analiza de manera sistemática el contenido del artículo 7bis de la Ley 19/2003, 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, introducido en los primeros días tras la declaración del estado de alarma en España, tratando de exponer de forma breve y concisa las principales dudas interpretativas que se han ido planteando desde su entrada en vigor, y, en algunos casos, incluyendo interpretaciones que, a nuestro juicio, puedan ser razonables.

Abstract: In this note, we analyse in a systematic way, the content of the article 7bis on the legal regime of capital movements and economic transactions abroad and on certain measures to prevent money laundering, applicable from the first days of the declaration of the state of alarm in Spain, and it tries to explain in a brief and concise fashion the main interpretation doubts that have been outlined since its entry into force, and, in some cases, including interpretation's that, in our opinion, could be deemed as reasonable.



Palabras clave: Artículo 7bis, inversiones extranjeras, restricciones, suspensión de liberalización.

Keywords: Article 7bis, foreign investments, restrictions, suspension of liberalization.

Análisis del artículo 7bis de 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.– Dudas interpretativas

I. Introducción

Con anterioridad a la declaración del estado de alarma en fecha 14 de marzo de 2020, y a la aprobación 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 (el “**RDL 8/2020**”), el régimen de inversiones extranjeras en España, con carácter general, estaba liberalizado.

A este respecto, 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**”) establecía un régimen general de liberalización.

Por su parte, el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, únicamente preveía la suspensión del régimen general de inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.

A nivel europeo, ya en 2019 se aprobó el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (el “**Reglamento 2019/452**”), cuya fecha de aplicación se fijó para el 11 de octubre de 2020.

A diferencia de lo que sucedía con los principales socios comerciales de la Unión Europea, hasta ese momento no existía ningún marco global a escala de la Unión para el control de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad o de orden público.

Por ello, se trabajó en un marco para el control de las inversiones extranjeras directas y para la cooperación, que ofreciera a los Estados miembros y a la Comisión los medios para hacer frente a los riesgos para la seguridad o el orden público de una manera global.

A raíz de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, y sin haber entrado en vigor en ese momento el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, se introdujo el artículo 7bis a la Ley 19/2003, a través del RDL 8/2020, suspendiéndose el régimen de liberalización de inversiones extranjeras.

Previsiblemente, debido a la urgencia, el artículo 7bis se redactó en términos muy similares a los contenidos en el Reglamento 2019/452. Por tanto, este artículo no cuenta con un grado de desarrollo adecuado, sin perjuicio de que se esté trabajando en un desarrollo reglamentario de la norma.

A continuación, analizaremos cada uno de los apartados del artículo 7bis de la Ley 19/2003, exponiendo los problemas de interpretación que, a nuestro juicio, se han suscitado y que, a falta de la normativa de desarrollo que se espera próximamente, no han quedado resueltos. Además, también expondremos algunas posibles interpretaciones razonables de las diferentes cuestiones.

II. Inversión extranjera

1. Concepto

1.1. Cuestiones generales

El apartado 1 del artículo 7bis define qué debe entenderse como “inversión extranjera directa” a los efectos de la norma:

“1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad [...]”

Esta definición será de aplicación al resto del artículo 7bis siempre que se refiera a “inversión extranjera directa”, por lo que servirá para interpretar tanto el apartado 2 del artículo 7bis, que se refiere a los sectores afectados por las restricciones a la inversión extranjera (ámbito subjetivo), como el apartado 3, que se refiere a determinado tipo de inversores afectadas por las restricciones, independientemente del sector en el que inviertan (ámbito objetivo), como veremos más abajo.

1.2. Participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española

La primera duda que plantea esta definición es si el artículo 7bis únicamente aplica a inversiones en sociedades o también en activos, unidades productivas o negocios. En principio, la interpretación literal de la norma lleva a concluir que únicamente se refiere a sociedades y no a activos, aunque existen indicios a lo largo del artículo 7bis que ponen en cuestión dicha literalidad, como, por ejemplo, la referencia que se hace a terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el

uso de infraestructuras críticas en el apartado 2 a). Más allá de estos supuestos concretos, parece razonable entender que, para que una compra de activos quede sujeta a esta regulación, al menos sería necesario que constituyeran unidades productivas o económicas autónomas.

La adquisición de una participación igual superior al 10 por 100 del capital social de una sociedad española (siempre que entre dentro de algunos de los supuestos de aplicación objetiva o subjetiva) por parte de un inversor que previamente no tuviera un porcentaje del capital social de la sociedad en cuestión igual o superior al 10 por 100 en el momento de entrada en vigor del artículo 7bis requerirá, por tanto, de autorización previa. En efecto, parece que la literalidad de la norma se refiere únicamente al capital social a la hora de determinar el umbral a partir del cual es necesario obtener autorización administrativa previa.

Sin embargo, surge la duda de si la referencia correcta en este aspecto no debería ser también la inclusión de los derechos de voto. Esta conclusión se infiere del hecho de que la norma pretende que los inversores extranjeros no controlen o influyan en la gestión de la sociedad española, y este control o influencia en la gestión se consigue realmente a través de los derechos de voto (y, por tanto, de la influencia en la toma de decisiones que afecten a la sociedad), y no a través de la participación económica en el capital social. En cualquier caso, lo cierto es que en la gran mayoría de las sociedades españolas los derechos de voto coinciden con el capital social, por lo que esta duda solo se planteará en supuestos concretos.

Más dudas plantean aquellas operaciones en las que el inversor ya tenga un porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española en cuestión en el momento de entrada en vigor del artículo 7bis de la Ley 19/2003. La interpretación razonable parece ser que, una vez alcanzado el citado 10 por 100 del capital social, cualquier incremento de participación, por pequeño que sea, no requerirá de autorización administrativa previa, salvo que dicha inversión adicional o sucesiva implique algún cambio en la capacidad del inversor extranjero de participar de forma efectiva en la gestión o control de la sociedad.

Otras interpretaciones que podrían hacerse de la norma, aunque en nuestra opinión resultan menos fundamentadas, serían, por ejemplo, que una vez alcanzado el 10 por 100 del capital social, cualquier operación por encima de ese umbral quedaría fuera del ámbito de aplicación de la norma, o que solo se debe solicitar la autorización previa cuando se vayan a traspasar porcentajes de participación en el capital social que sean múltiplos de 10¹.

¹ En Italia se ha optado por un sistema similar al de adquisición de participaciones significativas de entidades de crédito, por lo que la autorización se requiere cuando se superan determinados umbrales fijados en la norma.

2. Participación efectiva en la gestión o control de la sociedad española

El apartado 1 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 menciona este aspecto al indicar:

"[...] o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o control de dicha sociedad [...]"

Como punto de partida, es importante señalar que esta mención viene precedida de un "o". Por tanto, no parece controvertido concluir que se trata de un supuesto alternativo y no cumulativo al supuesto de la adquisición de una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad en cuestión.

La referencia a "operación societaria, acto o negocio jurídico" es muy amplia. Por ello, la interpretación más razonable es que, con la misma, la norma pretende capturar cualquier situación susceptible de provocar cambios en la gestión o control de la sociedad en cuestión.

Respecto a la referencia a participar "de forma efectiva en la gestión o control", surgen determinadas dudas de interpretación:

- En primer lugar, parece claro que el nombramiento de miembros del órgano de administración a propuesta del inversor extranjero entraría dentro del concepto de participar en la gestión de la sociedad. Sin embargo, no queda tan claro sí el hecho de nombrar un número de miembros del órgano de administración a propuesta del inversor extranjero que por sí mismos no constituyan la mayoría necesaria para adoptar acuerdos pueda entenderse como una participación "de forma efectiva en la gestión". Lo mismo sucedería, en nuestra opinión, con el nombramiento de directivos que no fueran miembros del órgano de administración.

La interpretación prudente de la norma nos lleva a considerar que el nombramiento de cualquier miembro del órgano de administración a propuesta un inversor extranjero, independientemente de su capacidad de voto o de veto en dicho órgano de administración, supone una participación efectiva en la gestión de la sociedad. Una interpretación menos estricta nos llevaría a considerar que solo aquellos nombramientos de administradores a propuesta de un inversor extranjero que constituyan mayoría del órgano de administración, o que tengan capacidad de control negativo vía derechos de veto, requerirían de autorización administrativa previa.

Las dudas se extienden también a supuestos de control negativo, en los que los miembros del órgano de administración nombrados a propuesta del inversor extranjero no constituyan mayoría, pero si tengan derecho de veto en determinadas cuestiones. Del mismo modo, tampoco queda claro, si el nombramiento de miembros del órgano de administración a propuesta del inversor extranjero que no ejerzan control, ni positivo ni negativo, se debe considerar como una participación efectiva en la gestión.

- En segundo lugar, también existe la posibilidad de participar de forma efectiva en la gestión o control por vía contractual. El caso típico sería la firma de un contrato entre socios en el que se le concedan al inversor extranjero -pese a no alcanzar el 10 por 100 del capital social- ciertos derechos relacionados con la gestión o control de la sociedad (y no necesariamente mediante el nombramiento de miembros del órgano de administración, como podría ser, por ejemplo, una sindicación de voto en junta).

A este respecto, la interpretación razonable parece ser que, cuando se le concedan al inversor extranjero derechos relacionados con la gestión o control de la sociedad en cuestión –aunque no pasen por nombrar administradores–, la eficacia de dichos contratos debiera estar sujeta a autorización administrativa previa.

- En tercer lugar, cabe dilucidar si deben quedar incluidas dentro del ámbito de aplicación de la norma las operaciones intragrupo, en las que el titular o los titulares últimos de la inversión siguen siendo el mismo o los mismos que lo eran antes de la entrada en vigor del artículo 7bis, y además en los mismos porcentajes, de tal modo que simplemente se produce una reorganización societaria interna.

La interpretación más razonable parece que debiera ser que este tipo de operaciones deberían quedar fuera de las restricciones impuestas por la norma y deberían poder llevarse a cabo sin autorización, ya que la titularidad real del inversor extranjero no ha cambiado. Sería un supuesto de alguna manera análogo a aquellos inversores extranjeros que, a la fecha de entrada en vigor del artículo 7bis, ya contaban con una participación superior al 10 por 100 en alguna sociedad parte de un sector de los definidos como estratégicos.

3. Residencia del inversor

El apartado 1 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 introduce también la cuestión de la residencia del inversor en su redacción:

"[...] siempre que concurra una de estas circunstancias: a) que se realicen por residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio; b) que se realicen por residentes de países de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos últimos posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor".

El primer punto a analizar es qué debe tenerse en cuenta para determinar la residencia de un inversor. No parece controvertido considerar que el domicilio (social o personal, según sea de aplicación) debe ser el criterio que marque la residencia de tal inversor.

El segundo punto que merece comentario es el relativo a las operaciones de inversión indirectas. Así, entendemos que, en el supuesto de que un inversor extranjero que realice una inversión en una empresa de la Unión Europea no española, que a su vez tenga una participación en una sociedad española, lo que se habrá de tener en cuenta para determinar si el artículo 7bis resulta de aplicación será la participación indirecta del titular real extranjero del inversor en la sociedad española. De este modo, si esa participación indirecta es superior al 25 por ciento del capital o derechos de voto de la sociedad española, la operación requerirá autorización. Si, por el contrario, tal participación indirecta es igual o inferior al 25 por ciento del capital o derechos voto de la sociedad española, la operación no requerirá autorización.

En este punto, la norma no aclara si el 25 por ciento de capital o derechos de voto en manos de inversores extranjeros debe computarse de manera individual o agregada. Ninguna de las soluciones parece perfecta ya que, por un lado, si se estableciera que el cómputo debe hacerse de manera individual (es decir, solo aplicaría en el caso de que hubiera algún titular real extranjero con una participación superior al 25 por ciento de capital social o derechos de voto), nos encontraríamos con una situación en la que, por ejemplo, una sociedad europea cuyos accionistas indirectos son cinco inversores de nacionalidad china cada uno con un 20 por ciento del capital social no se entendería como inversor extranjero. En cambio, y por otro lado, si el cómputo se hiciera de manera agregada (es decir, solo aplicaría en el caso de que haya más de un 25 por ciento del capital social o derechos de voto en manos de inversores no europeos), nos llevaría al supuesto en el que, por ejemplo, una sociedad española, con un 70 por ciento de su capital social en manos de accionistas españoles y un 30 por ciento en manos de accionistas no europeos, sería considerada inversor extranjero a estos efectos. Dicho todo lo anterior, parece que la interpretación más razonable, por conservadora, sería considerar el agregado sobre el individual, pero no es un tema que quede demasiado claro. Si la norma se hubiera referido, por ejemplo, a control (en los términos del artículo 42 del Código de Comercio), directo o indirecto, en manos de inversores no europeos, las dudas serían menores.

En tercer lugar, es necesario analizar qué debe examinarse en un supuesto de adquisición por la típica estructura de los fondos de capital riesgo, en la que existen inversores financieros (*limited partners*) que son los que realizan las aportaciones económicas para llevar a cabo las operaciones, y unos gestores o sociedad gestora (*general partner*) que toman las decisiones relativas tanto a la inversión de esas aportaciones como a la vida de la inversión en la sociedad en cuestión. Pues bien, entendemos que, cuando se esté ante una de estas estructuras, el análisis sobre la residencia del inversor a efectos del artículo 7bis deberá hacerse en relación con gestora y no con los inversores financieros. Es decir, habrá que

determinar si la gestora, o su titular real, son extranjeros para confirmar si es necesario contar con autorización previa o no, siendo irrelevante la nacionalidad de los inversores financieros cuyo rol es pasivo, en la medida en que para ellos se trata únicamente de inversiones de cartera.

En último lugar, parece que no existen dudas de que, a los efectos de este artículo, debe considerarse al Reino Unido como miembro de la Unión Europea, al menos hasta el 31 de diciembre de 2020, momento en el que finalizará el periodo transitorio del acuerdo de retirada de la UE. Lo que no queda nada claro es qué ocurrirá con operaciones en las que participen inversores del Reino Unido acordadas antes del 31 de diciembre de 2020 y con cierre previsto ya en 2021.

4. Operaciones exentas por razón de su importe

El artículo 7bis de la Ley 19/2003 introduce al final de su apartado 1 la posibilidad del establecimiento de determinadas exenciones por razón de su importe:

“Podrá establecerse reglamentariamente el importe por debajo del cual las operaciones de inversión directa extranjera quedarán exentas de someterse al régimen de autorización previa”.

El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (el “**RDL 11/2020**”) señala que, de manera transitoria y hasta que otro importe mínimo quede establecido reglamentariamente, quedarán exentas de la obligación de autorización previa las operaciones de inversión extranjera directa cuyo importe sea inferior a 1 millón de euros.

Asimismo, y hasta la aprobación de la normativa de desarrollo que regule con mayor detalle el contenido de artículo 7bis, el RDL 11/2020 establece que, de forma transitoria, las solicitudes de autorización administrativa previa de las operaciones de inversión extranjera directa que se describen a continuación se registrarán por un procedimiento simplificado: (i) operaciones respecto de las cuales se acredite la existencia de un acuerdo entre las partes o una oferta vinculante en la que el precio hubiera sido fijado, determinado o determinable, con anterioridad al 18 de marzo de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020); y (ii) operaciones cuyo importe esté entre 1 y 5 millones de euros.

III. Sectores afectados

Una vez definido qué debe entenderse por “inversión extranjera directa”, el apartado 2 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 regula aquellos sectores en los que el régimen de liberalización queda suspendido (y, por tanto, aquellos sectores en los que sería necesario contar con autorización administrativa previa a la hora de llevar a cabo una inversión extranjera directa):

“2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública. En concreto, los sectores son 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 contempladas 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 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 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”.

1. Cuestiones generales

No parece que quepa duda de que el apartado 2 del artículo 7bis debe entenderse como un listado de sectores cerrado. Es decir, solo los sectores que se indican a continuación, enumerados de la a) a la e) estarían capturados por la norma. La referencia genérica que se hace a orden público, seguridad pública y salud pública debe entenderse como elementos comunes a los que afectan los sectores enumerados, y no como una consideración general de que cualquier sector que pueda afectar al orden público, seguridad pública y salud pública (pero no incluido expresamente en la norma) deba quedar incluido en el ámbito de aplicación de la norma.

2. Infraestructuras críticas

Atendiendo a la redacción de la norma, es bastante claro que únicamente aquellas infraestructuras críticas contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas (y que, por tanto, han sido incluidas en el Catálogo Nacional de Infraestructuras Críticas y sus titulares informados de tal circunstancia) quedan comprendidas en el alcance objetivo de la norma.

El Catálogo Nacional de Infraestructuras Críticas tiene carácter reservado, por lo que únicamente el titular de la infraestructura crítica conocerá si la infraestructura de la que es titular, ha sido calificada como tal.

Cabe destacar que a diferencia de lo que sucedería en el resto de sectores, en el caso de las infraestructuras críticas sí es claro que los *asset deals* también quedan comprendidos dentro del alcance de la norma.

3. Tecnologías críticas y productos de doble uso

Respecto de la tecnología crítica, no hay una definición clara ni dicho concepto está regulado de forma expresa. La norma se limita a recoger un listado abierto que incluye 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.

La ausencia de una definición clara lleva a que, en la práctica, sea habitual consultar con la Subdirección General de Inversiones Exteriores aquellos supuestos en los que no es claro si nos encontramos ante una tecnología crítica.

Respecto de los productos de doble uso se hace una referencia al Reglamento 428/2009², donde se definen los productos de doble uso como los productos, incluido el software y la tecnología, que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares, incluyendo todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos. El Reglamento 428/2009 contiene un listado detallado de productos que se consideran de doble uso.

Las empresas que se dediquen a la exportación de productos de doble uso tienen la obligación de estar inscritas en un registro especial de operadores de comercio exterior, lo que puede servir como indicador para saber si el target de la inversión opera en el sector.

² Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso.

4. Suministro de insumos fundamentales

El precepto se refiere de forma específica a la energía (remitiéndose a la normativa del sector eléctrico y del sector de hidrocarburos), a las materias primas, y a la seguridad alimentaria.

Teniendo en cuenta que, al referirse al suministro de energía, el artículo 7bis de la Ley 19/2003 se remite a una normativa que regula tanto la producción como el transporte, la distribución y el almacenamiento, se suscitan dudas acerca de cuál debe ser el alcance concreto. Por ejemplo, se plantea la duda de si alcanza a proyectos *greenfield*, que tienen por objeto un activo en desarrollo que se encuentra en un estado embrionario. Entendemos que, aunque no existe un criterio uniforme al respecto, el insumo eléctrico, la electricidad, solo puede producirse por una instalación de generación de energía eléctrica en funcionamiento.

La entrada en operación de una instalación de generación de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, además de disponer de los permisos de acceso y conexión a la red de transporte o distribución, exige obtener (i) autorización administrativa previa; (ii) autorización administrativa de construcción; y (iii) autorización de explotación. Adicionalmente, la instalación deberá inscribirse en el correspondiente registro administrativo.

Por tanto, un proyecto en desarrollo, que no puede producir ni verter energía a la red hasta que esté totalmente construido y cuente con todos los permisos, autorizaciones y licencias necesarios, no debe razonablemente considerarse que participe en el “suministro de insumos fundamentales”.

5. Acceso a información sensible

Este punto afectaría a empresas que traten información (incluyendo aquella que pueda calificarse de carácter personal) que pudiese afectar al orden público, a la salud pública y a la seguridad pública, sin que se prevea una lista cerrada respecto a la información que se ve afectada por esta norma. Así, esta limitación operaría para, entre otras, empresas que tengan acceso a historiales clínicos (e.g. empresas que presten servicios sanitarios o empresas que presten servicios a las mismas y tengan acceso a estos datos), empresas que tengan acceso a datos personales que puedan afectar al derecho a la intimidad de los individuos (e.g. empresas de seguridad, de *internet of things*, etc.) o empresas del sector del *big data*.

Consideramos que, para que una inversión pueda considerarse en este supuesto, deberían darse en la misma los siguientes elementos, de forma acumulativa: (i) que se trate de empresas españolas, (ii) que trate información sensible (no existe una definición legal de “información sensible”, por lo que habría que analizarlo en cada caso concreto), incluyendo datos personales (de nuevo, no hay “datos personales sensibles”, pero sí “de categorías especiales”, que son los de salud, religión, etc.); y (iii) que afecte a la salud pública, al orden público o a la seguridad pública.

6. Medios de comunicación

Aunque, nuevamente, no hay una definición de lo que debe entenderse por medio de comunicación ni una remisión a una norma concreta, no cabe duda de que incluye prensa, radio, televisión.

Ahora bien, se suscitan dudas sobre si debe alcanzar a otros medios de comunicación, como es el caso del cine. Atendiendo a la redacción literal, y atendiendo al proceso de elaboración de la norma, que ha venido inspirado por la normativa europea, debe realizarse una interpretación amplia, por lo que es razonable entender que el cine estaría comprendido en el alcance de la norma.

IV. Tipología de inversores afectados

El apartado 3 del artículo 7bis de la Ley 19/2003 introduce la necesidad de autorización previa para inversiones realizadas por determinados inversores:

“3. Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos:

- a) si el inversor extranjero está 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) si el inversor extranjero ha realizado 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 de este artículo.
- c) si se ha abierto un procedimiento, administrativo o judicial, contra el inversor extranjero en otro Estado miembro o en el Estado de origen o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales”.

1. Cuestiones generales

La principal duda que surge a la hora de interpretar el apartado 3 del artículo 7bis es si esta enumeración de carácter subjetivo sobre el inversor extranjero debe quedar también bajo el paraguas de la definición de inversión extranjera directa del apartado 1. La interpretación más razonable, y que además ha sido confirmada de manera informal y no vinculante por parte de la Subdirección General de Inversiones Exteriores, es que la definición de inversión extranjera directa del apartado 1 sí debe entenderse de aplicación al apartado 3.

Por tanto, en virtud de este apartado, solo quedarán sujetas a la obligación de obtener autorización administrativa previa aquellas inversiones en las que, como consecuencia de las mismas (i) el inversor que cumpla con alguna de las categorías enumeradas en el apartado 3 pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española; o (ii) cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad. Es decir, en este punto no es relevante el sector en el que se produzca la inversión extranjera directa (ámbito objetivo, regulado por el apartado 2), sino la naturaleza del inversor extranjero que lleva a cabo la inversión extranjera directa (ámbito objetivo, regulado por este apartado 3).

2. Inversor extranjero controlado por un gobierno de un tercer país

La referencia a tercer país que hace la sección a) de este apartado 3 debe entenderse realizada a un país que no sea miembro de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio, aunque no lo mencione expresamente.

La referencia a qué debe entenderse por “control” es el artículo 42 del Código de Comercio³.

3. Inversor extranjero con participación o inversiones en sectores que afecten a la seguridad, orden público y salud pública

A diferencia de la redacción del apartado 2 del artículo 7bis, donde queda claro que los sectores considerados críticos son solo aquellos enumerados en las letras a) a e), aquí la redacción no es tan clara al incluir dentro del supuesto haber realizado inversiones o participado en actividades “en los sectores que afecten a la seguridad,

3 “[...] En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. [...]”

al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 de este artículo”.

Por tanto, de una interpretación literal se desprendería que un inversor extranjero que haya realizado una inversión extranjera directa en cualquier país de la Unión Europea -diferente de España- en cualquier sector que afecte a la seguridad (sin especificar que se refiere a “seguridad pública”), orden público y salud pública, quedaría afectado por la prohibición para estos inversores extranjeros de realizar inversiones extranjeras directas en España. En consecuencia, parece que aquí el legislador ha querido imponer un test mucho más estricto que el puramente subjetivo del apartado 2. La interpretación más prudente de este precepto es para nosotros que, desde el momento en que un inversor extranjero haya realizado una inversión extranjera directa en cualquier sector que afecte a la seguridad, orden público o salud pública en un país miembro de la Unión Europea distinto de España, necesitará una autorización previa para llevar a cabo cualquier inversión extranjera directa en España, independientemente del sector de que se trate. Sin embargo, una interpretación más razonable podría ser que este precepto únicamente sería de aplicación cuando el inversor extranjero hubiera afectado de forma efectiva y negativa a la seguridad, orden público y salud pública en algún Estado miembro (y, por mayor seguridad jurídica, así lo hubiera declarado de manera expresa la autoridad competente del Estado miembro afectado).

4. Inversor extranjero contra el que se haya abierto un procedimiento administrativo o judicial

Como punto preliminar, resulta conveniente mencionar que la norma habla de procedimientos iniciados “en otro Estado miembro o en el Estado de origen o en un tercer Estado”. Una interpretación estricta y literal llevaría a concluir que España no quedaría capturada por esta definición. Sin embargo, no parece que tenga sentido que un inversor extranjero contra el que se haya abierto un procedimiento, por ejemplo, en Francia no pueda invertir en España, mientras que, si el procedimiento se ha abierto en España, sí pueda. Por tanto, la interpretación más razonable sería considerar que España debería quedar incluida dentro de la definición y, de alguna manera, obviar el término “otro” que precede a “Estado miembro”.

Superado el punto preliminar, la siguiente duda que se plantea con la redacción de este precepto es qué debe entenderse por la apertura de un procedimiento administrativo o judicial por ejercer actividades delictivas o ilegales. Así, desde un punto de vista administrativo la apertura sería la mera incoación del procedimiento sancionador, mientras que, desde un punto de vista penal, entendemos que se debería considerar que el procedimiento judicial comienza cuando la persona física o jurídica en cuestión es calificada como “investigada” mientras el proceso se encuentra en fase de instrucción. Una interpretación mucho más estricta sería que el procedimiento ha comenzado cuando la querrela correspondiente es admitida a trámite por los tribunales, independientemente de que el inversor haya sido calificado como investigado. En relación con procedimientos iniciados y cerrados sin ningún tipo de

sanción, consideramos que estos procedimientos no afectan per se a la capacidad del inversor extranjero de realizar inversiones extranjeras directas en España.

Otra duda que se plantea es si solo es necesario comprobar si se ha iniciado un procedimiento administrativo o judicial contra el inversor, o si también debe hacerse la comprobación respecto de su titular real. Una interpretación prudente nos lleva a afirmar la necesidad de realizar ambas comprobaciones, dada la aclaración incluida en el apartado 1, al regular qué debe entenderse por titularidad real de los inversores residentes en la Unión Europea o Asociación Europea de Libre Comercio pero participados por extranjeros.

Asimismo, sería necesario determinar si cualquier actividad delictiva o ilegal debería quedar capturada por este precepto, como parecería desprenderse de una interpretación literal. Creemos que es más razonable entender que la norma únicamente busca referirse a que las actividades propias del inversor extranjero sean ilegales o delictivas (es decir, el hecho de que, por ejemplo, un inversor no haya pagado determinados impuestos o no tenga determinadas licencias administrativas, no debería determinar per se la necesidad de obtener autorización administrativa previa para llevar a cabo una operación de inversión en España). Esta interpretación está más en línea con el Reglamento 2019/452 que establece como criterio para determinar si una inversión afecta a la seguridad o el orden público la existencia de un grave riesgo de que el inversor extranjero realice actividades delictivas o ilegales.

V. Otros sectores

El apartado 4 del artículo 7bis de la Ley 19/2020 establece que:

“4. El Gobierno podrá suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el apartado 2 de este artículo, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 7 de esta Ley”.

Este apartado 4 no parece que añada nada nuevo a la redacción vigente del artículo 7 de la Ley 19/2003⁴. Consideramos, por tanto, que se trata de una mención a efectos meramente aclaratorios.

VI. Procedimiento de autorización

El procedimiento para la obtención de la autorización previa regulada en el artículo 7bis de la Ley 19/2020 se introduce en su apartado 5:

“5. La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo

4 “El Gobierno podrá acordar la suspensión del régimen de liberalización establecido en esta ley cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque solo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.

Tal suspensión determinará el sometimiento de ulteriores operaciones a la obtención de autorización administrativa, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6”.

establecido en el artículo 6 de esta Ley. Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley.”

1. Procedimiento

Las solicitudes de autorización que se puedan beneficiar del procedimiento simplificado (operaciones respecto de las cuales se acredite la existencia de un acuerdo entre las partes o una oferta vinculante en la que el precio hubiera sido fijado, determinado o determinable, con anterioridad al 18 de marzo de 2020 y operaciones cuyo importe esté entre 1 y 5 millones de euros) se dirigirán al titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, quien resolverá previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores.

Se aplicará de oficio la tramitación simplificada del procedimiento prevista en el artículo 96 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, en resumen, establece que el procedimiento deberá ser resuelto en el plazo de treinta días, operando un silencio negativo en caso de que no se haya resuelto en dicha fecha.

Para el resto de operaciones de inversión, existe una referencia genérica al artículo 6 de la Ley 19/2003⁵, que tampoco aclara ante qué órgano debe remitirse la solicitud de autorización (afirma que la autorización correspondiente “se otorgará por los órganos y a través del procedimiento que se disponga reglamentariamente”).

5 “1. Los actos, negocios, transacciones y operaciones afectados por las medidas previstas en los artículos 4 y 5 podrán realizarse, si así se dispone expresamente, mediante la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa y en las condiciones que ésta establezca. Dicha autorización se otorgará por los órganos y a través del procedimiento que se disponga reglamentariamente.

2. Si, transcurrido el plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la autorización, no se produjera resolución expresa, se entenderá que la operación no es autorizada. Consecuentemente, la solicitud se entenderá desestimada a los efectos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Ante esta falta de claridad –hasta el desarrollo normativo correspondiente–, la interpretación más prudente es considerar que la autorización debe ser concedida por el propio Consejo de Ministros en el plazo de seis meses desde que se remitió la solicitud. Todo ello sin perjuicio de que, en una interpretación razonable, el órgano ante el que se pueda presentar la solicitud de autorización sea la propia Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, desde donde se examinaría la solicitud y se daría el traslado administrativo correspondiente hasta su análisis por parte del Consejo de Ministros.

En la práctica ya existen algunos precedentes de inversiones extranjeras autorizadas por el Consejo de Ministros, en plazos razonablemente ágiles (en torno a dos o tres meses, en lugar del plazo máximo de seis meses previsto en la norma). A modo de ejemplo, cabe citar las siguientes:

- (i) El 7 de julio de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la empresa francesa Etienne Lacroix Finances en la empresa española Falken, S.A.U.

- (ii) El 7 de julio de 2020 se autorizó la inversión extranjera en la empresa española MASMOVIL IBERCOM S.A. La sociedad inversora es LORCA TELECOM BIDCO, S.A.U.
- (iii) El 4 de agosto de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad francesa ADIT S.A.S. por el 66% del capital de la sociedad española Europavia España, S.A.
- (iv) El 29 de septiembre de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad de Países Bajos CNH Industrial N.V. por el 99,99 % del capital social de la sociedad española IVECO España, S.L.
- (v) El 6 de octubre de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad Maegor Investments, S.L.U., en la sociedad española Terminales Portuarias, S.L.
- (vi) El 6 de octubre de 2020 se autorizó la inversión extranjera de la sociedad MEIF 6 Amistad Holdings, S.L.U., en la sociedad española Viamed Salud, S.L.

2. Validez y efectos jurídicos

Respecto a la validez del artículo 7bis, la interpretación más razonable es que a esta norma no le resulta de aplicación la disposición final duodécima del RDL 11/2020⁶, dado que la inclusión del artículo 7bis en la Ley 19/2003 no debería entenderse como una “medida”, sino como una modificación de una norma con rango de ley. Por tanto, consideramos que la vigencia de este art. 7bis es indefinida mientras no sea modificado como corresponda.

Respecto a los efectos jurídicos, parece que la redacción de la norma deja la puerta abierta a la convalidación de una operación realizada sin autorización. Es decir, se produce una suspensión de los efectos jurídicos de la operación ya realizada hasta obtener la correspondiente autorización.

VII. Conclusión

La rapidez y urgencia con la que se aprobó este artículo 7bis son quizá las responsables de la gran cantidad de dudas interpretativas que esta norma arroja. En algunos casos, las interpretaciones más razonables chocan con la literalidad del precepto, lo que hace muy difícil su aplicación práctica.

Se espera que el desarrollo legislativo de esta norma aclare la mayor parte de estas dudas interpretativas y ayude a que los inversores extranjeros consideren España como un destino seguro al que dirigir sus inversiones.

⁶ “1. Con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. No obstante, lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo [...]”.

Adenda

Con posterioridad al cierre de este artículo, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el 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 (el “**RDL 34/2020**”).

El RDL 34/2020 modifica el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior. En particular, las modificaciones introducidas son las siguientes:

1. Definición de inversión extranjera directa

La definición de inversión extranjera directa -más allá de pasar a ostentar más de un 10% del capital social de una sociedad española- se ve modificada y (i) se elimina del ámbito de aplicación de la norma actos jurídicos u operaciones societarias como consecuencia de los cuales se “participe de forma efectiva en la gestión” de la sociedad española en cuestión; y (ii) se aclara que para determinar qué debe entenderse por “control” hay que acudir a la definición y criterios establecidos por el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹.

2. Sectores afectados

Se incluyen modificaciones en algunos de los sectores afectados por las restricciones a la inversión extranjera directa. En particular, los siguientes:

- i) Tecnologías críticas y de doble uso: se elimina la referencia al artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) número 428/2009 del Consejo y se sustituye por la referencia concreta a “tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España, incluidas las telecomunicaciones, [...] los materiales avanzados y los sistemas de fabricación avanzados”.
- ii) Suministro de insumos fundamentales: se incluye como novedad a los “servicios estratégicos de conectividad” junto con la redacción ya existente.
- iii) Medios de comunicación: se incluye como aclaración que la restricción en el sector será “sin perjuicio de que los servicios de comunicación audiovisual en los términos definidos en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley”.

¹ “A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,

b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.”

3. Ámbito subjetivo de aplicación de la norma

Se modifican dos de los tres supuestos ámbito subjetivo de aplicación de la citada norma:

- i) Inversores controlados por el gobierno de un tercer país: la referencia anterior a la definición de "control", de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del Código de Comercio se sustituye por la referencia al artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, mencionado más arriba al hablar de las modificaciones en la definición de inversión extranjera directa.
- ii) Procedimientos administrativos o judiciales abiertos contra el inversor extranjero: se elimina la referencia a procedimientos administrativos judiciales abiertos contra el inversor extranjero en otro Estado miembro o en el Estado de origen o un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales y se sustituye por el supuesto -más restrictivo- de que exista un riesgo grave de que el inversor extranjero en cuestión ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España.

4. Exenciones al régimen de autorización previa

Se incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 7 bis que regula que el Gobierno podrá establecer reglamentariamente categorías de operación o importes por debajo de los cuales las operaciones de inversión extranjera directa quedarán exentas de autorización previa (por su nula o escasa repercusión para los bienes jurídicos protegidos por el propio artículo 7 bis). También aclara que se podrá acotar reglamentariamente la definición de los sectores afectados por la norma.

5. Disposición transitoria

El RDL 34/2020 incluye una disposición transitoria para establecer que el régimen de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas (apartados 2 –sectores afectados- y 5 –necesidad de autorización previa- del artículo 7 bis) también se aplicará, hasta el 30 de junio de 2021, a inversiones extranjeras directas realizadas sobre sociedades españolas cotizadas (aquellas cuyas acciones coticen en un mercado secundario oficial español y tengan su domicilio social en España) y no cotizadas si el valor de la inversión supera los 500 millones de euros, realizadas por residentes de otros países de la UE o AELC.

Aclara la norma que la restricción también aplicará a inversores residentes en España cuya titularidad real (más del 25% del capital o derechos de voto, directo o indirecto, o ejercicio de control por cualquier otro medio) sea no española.