

MODIFICACIÓN DEL MECANISMO DE CONTROL DE INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN ESPAÑA, CON EFECTO INMEDIATO DESDE EL 19 DE NOVIEMBRE DE 2020

El Gobierno español ha modificado, con efecto inmediato desde el 19 de noviembre de 2020, el **mecanismo de control** de **inversiones extranjeras** directas en España introducido en marzo de 2020 (el “**Mecanismo de Control**”)¹ en dos aspectos principalmente:

Ámbito subjetivo

- Hasta el 30 de junio de 2021, quedan también sujetas al Mecanismo de Control determinadas inversiones realizadas por **residentes en países de la Unión Europea (UE) o en la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) distintos de España, así como por sociedades españolas cuya titularidad real corresponda a residentes en estos territorios**, en sociedades cotizadas o cuando el valor de la inversión exceda de quinientos millones de euros. Estas inversiones en España hasta ese momento solamente podían quedar sujetas a control si tenían por objeto actividades directamente relacionadas con la defensa nacional.
- **No se ha previsto ninguna excepción ni régimen transitorio específico para operaciones ya acordadas** (por ejemplo, con contrato de compraventa firmado), pero no cerradas, antes del 19 de noviembre de 2020. En consecuencia, **el cierre de operaciones ya acordadas podría requerir de autorización administrativa previa**, no prevista en el contrato suscrito entre las partes de la operación. Esa autorización imprevista podría ser necesaria para el cierre.

Ámbito objetivo

- También se modifican la definición y el alcance del concepto de inversión extranjera directa, de los sectores sujetos a control y de los inversores que deberán someterse a control en todo caso, con independencia del sector en que inviertan.

¹ El Mecanismo de Control se introdujo en marzo de 2020 como modificación 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 (la “**Ley 19/2003**”), a la que se añadió un nuevo artículo 7 bis, de suspensión del régimen de liberalización vigente hasta entonces con carácter general. La modificación en vigor desde el 19 de noviembre de 2020 se establece en virtud de la disposición transitoria única y de la disposición adicional cuarta 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.

El Mecanismo de Control **no supone una prohibición a la inversión extranjera en España**. Se trata de un proceso obligatorio y previo al cierre de determinadas operaciones, basado en motivos de seguridad, orden público y salud pública. Implica la sujeción a autorización administrativa previa del cierre —que no de la firma— de determinadas operaciones de inversión en España. El Mecanismo de Control incorpora en España el marco de control de inversiones extranjeras previsto en la **legislación de la UE**; en particular, el Reglamento (UE) 2019/452, por el que se regula la posibilidad de que los Estados miembros impongan controles a las inversiones extranjeras directas en la UE.

A continuación, se describe:

- **Qué cambia**, y qué no, respecto de la regulación anterior del Mecanismo de Control.
- **En qué consiste** el Mecanismo de Control una vez modificado.
- A quién se considera **“inversor extranjero”** y qué se considera **“inversión extranjera directa”**.
- **Qué inversiones** extranjeras directas **quedan sujetas** al Mecanismo de Control.
- **Cuáles son las consecuencias** por no someterse al Mecanismo de Control cuando resulta preceptivo.
- Cuáles son las **preguntas más frecuentes** que suscita el Mecanismo de Control y cuáles son sus respuestas.

1. QUÉ CAMBIA, Y QUÉ NO, RESPECTO DE LA REGULACIÓN ANTERIOR

Ámbito subjetivo (transitorio). Con efectos desde el 19 de noviembre de 2020, pero en principio con carácter transitorio (hasta el 30 de junio de 2021):

- Los inversores **residentes en países de la UE o la AELC distintos de España**, así como las **sociedades españolas cuya titularidad real corresponda a residentes en estos territorios** (que denominaremos a estos efectos como los **“Europeos No Españoles”**), pueden quedar sujetos al Mecanismo de Control.

Se entiende que existe titularidad real de residentes en países de la UE o la AELC distintos de España 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”. Con la normativa anterior, solamente podían quedar sujetos al Mecanismo de Control los residentes fuera de la UE y AELC, o los residentes en la UE o AELC cuya titularidad real correspondiese a un residente fuera de la UE y la AELC (todos ellos, los **“Inversores No Europeos”**).

- Las inversiones extranjeras directas en España de los Europeos No Españoles **quedarán sujetas** al Mecanismo de Control si se cumplen los siguientes tres requisitos de forma cumulativa:

- (a) El **cierre** de la inversión se produce no más tarde del **30 de junio de 2021** y en tanto que no existe excepción alguna en virtud de disposición transitoria, con independencia de que exista ya un contrato de compraventa o acuerdo vinculante de cualquier tipo anterior al 19 de noviembre de 2020.
- (b) La inversión tiene por **objeto una sociedad que opere en un sector sujeto** al Mecanismo de Control (véase apartado 4), sin que resulten de aplicación los criterios subjetivos previstos en el artículo 7 bis.3 de la Ley 19/2003 y, además, la sociedad objeto de inversión es:
- **cotizada en España** (se definen como tales “aquellas cuyas acciones estén, en todo o en parte, admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español y tengan su domicilio social en España”); o
 - empresa no cotizada si el valor de la inversión **supera los quinientos millones de euros**.
- (c) La operación de inversión cae dentro de la definición de **“inversión extranjera directa” para Europeos No Españoles**, esto es, 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 adquiera el control** de dicha sociedad de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

Ámbito subjetivo (permanente)

- Se modifica la definición de “inversión extranjera directa” para Inversores No Europeos recogida en el artículo 7 bis.1 de la Ley 19/2003. Si bien se mantiene el umbral cuantitativo de participación en el capital social de la empresa española, que es del **10 %**, se sustituye el criterio alternativo consistente en que el inversor pase a participar de forma efectiva en la gestión o el control por el de que “como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico **se adquiera el control** de dicha sociedad de acuerdo con los criterios establecidos en el **artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**”.

En consecuencia, el criterio cualitativo de sujeción es más exigente, puesto que **ya no basta la participación efectiva en la gestión, sino que es necesaria la adquisición de control**, lo cual resulta algo contradictorio con el mantenimiento del umbral cuantitativo del 10 %, que normalmente no conferirá el control de la sociedad en cuestión.

También resulta novedosa la referencia al **artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia**, ya que la norma anterior se remitía al concepto de control del artículo 42 del Código de Comercio. Ello supone una ampliación de los supuestos o mecanismos que puede considerarse que dan lugar a adquisición de control, ya que el artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia incluye, por referencia indirecta, los criterios del artículo 42 del Código de

Comercio y, además, el control que resulte de “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”.

- Se modifica la definición de **dos de las tres categorías de Inversores No Europeos sujetos al Mecanismo de Control en todo caso** para sus inversiones extranjeras directas, con independencia del sector en que inviertan (véase apartado 4), en el siguiente sentido:
 - (a) Para los **inversores controlados por Gobiernos extranjeros**, se sustituyen los criterios de control del artículo 42 del Código de Comercio por **los establecidos en el artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia**. Ello supone una **ampliación de los supuestos** en que se entenderá que existe **control** por Gobiernos extranjeros, ya que el artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia incluye, por referencia indirecta, los criterios del artículo 42 del Código de Comercio y, además, el control que resulte de “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”.
 - (b) La referencia a inversores con procedimientos abiertos por ejercer actividades delictivas o ilegales se sustituye por que exista “un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España”.

Ámbito objetivo (permanente). Igualmente a partir del 19 de noviembre y si limitación temporal:

- Se modifica la definición de **tres de las seis categorías de sectores sujetos al Mecanismo de Control** (véase apartado 4) en el siguiente sentido:
 - (a) Se amplía el sector relacionado con las tecnologías críticas y de doble uso 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, la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, las nanotecnologías, las biotecnologías, los materiales avanzados y los sistemas de fabricación avanzados”, y se elimina la referencia al Reglamento (CE) número 428/2009 del Consejo.
 - (b) Se amplía el sector relativo al suministro de insumos fundamentales con la inclusión de “los referidos a **servicios estratégicos de conectividad**”.
 - (c) Se incorpora un inciso final en la definición del sector de medios de comunicación, que se entiende “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”.

- Finalmente, **se habilita al Gobierno** para “establecer reglamentariamente las **categorías de operación y los importes** por debajo de los cuales las operaciones de inversión directa extranjera quedarán **exentas** de someterse al régimen de autorización previa, por su nula o escasa repercusión en los bienes jurídicos protegidos”, y para **acotar la definición de los sectores** sujetos a control. También se faculta a la ministra de Industria, Comercio y Turismo para dictar las normas necesarias para la correcta ejecución y aplicación de las disposiciones de desarrollo que dicte el Gobierno.

No se modifica ningún otro aspecto del Mecanismo de Control. En particular:

- Los **umbrales cuantitativos** de las inversiones extranjeras directas realizadas por **Inversores No Europeos** siguen siendo los establecidos por la disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 11/2020, es decir, quedan exentas del Mecanismo de Control las inversiones por importe inferior a **un millón de euros** (que para Europeos No Españoles, en no cotizadas es de quinientos millones de euros), y se rigen por procedimiento simplificado aquellas cuyo importe sea inferior a **cinco millones de euros**. Estas exenciones podrían ser modificadas por el Gobierno mediante reglamento.
- No se ha modificado la definición de varios de los sectores cuyo alcance suscitaba más dudas prácticas, como qué proyectos relacionados con la producción de energía quedan sujetos, la referencia a los sectores con acceso a información sensible, “en particular a datos personales”, ni la de los Inversores No Europeos sujetos al Mecanismo de Control por haber “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” del artículo 7 bis de la Ley 19/2003. El alcance de estas definiciones, que ha venido suscitando importantes dudas de aplicación al caso concreto, podría ser acotado por la vía reglamentaria.
- No se ha modificado el **procedimiento de autorización** ni el **órgano competente** para ello, que seguirá siendo, con carácter ordinario (y en todo caso para Europeos No Españoles), el **Consejo de Ministros**. El plazo máximo legal ordinario seguirá siendo de **seis meses**. No obstante, desde el 11 de octubre de 2020 debe tenerse en cuenta que resulta de aplicación, a efectos de procedimiento, lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/452, por el que se regula la posibilidad de que los Estados miembros impongan controles a las inversiones extranjeras directas en la UE, lo cual supone que en el curso del procedimiento habrá ocasión para que la Comisión Europea y otros Estados miembros formulen observaciones.
- No se incluye ninguna previsión particular en relación con **inversores residentes en el Reino Unido tras el Brexit**. En consecuencia, desde el fin del periodo transitorio del acuerdo de retirada del Reino Unido de la UE (actualmente, 31 de diciembre de 2020), los inversores residentes en el Reino Unido se considerarían Inversores No Europeos en relación con el Mecanismo de Control.

2. EN QUÉ CONSISTE EL MECANISMO DE CONTROL UNA VEZ MODIFICADO

El Mecanismo de Control, tras su modificación, se resume en los siguientes términos:

- Con carácter ordinario, es necesaria **autorización previa del Consejo de Ministros** para completar las inversiones extranjeras directas sujetas al Mecanismo de Control. El plazo legal máximo para resolver la solicitud de autorización es de **seis meses**. En nuestra experiencia práctica, el tiempo efectivo de resolución está siendo muy inferior al plazo legal máximo.
- De forma transitoria, hasta que se desarrolle reglamentariamente el Mecanismo de Control, se rigen por un **procedimiento simplificado** con plazo de resolución de **treinta días hábiles** (cuya resolución corresponde al titular de la **Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones**, previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores) las inversiones (i) acordadas antes del 19 de marzo de 2020, pero todavía no cerradas; y (ii) las realizadas por Inversores No Europeos cuyo importe sea inferior a cinco millones de euros. Las inversiones cuyo importe sea inferior a un millón de euros quedan exentas del Mecanismo de Control.
- Tanto en el procedimiento ordinario como en el simplificado, el silencio es negativo: se considera que la inversión no ha sido autorizada si la autoridad competente no emite resolución en el plazo legal correspondiente.

3. A QUIÉN SE CONSIDERA “INVERSOR EXTRANJERO” Y QUÉ SE CONSIDERA “INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA”

- Son inversores **extranjeros** tanto los **Inversores No Europeos** como los **Europeos No Españoles**.
- **Son Inversores No Europeos:**
 - (a) los **residentes** fuera de la UE y AELC; y
 - (b) los residentes en la UE o AELC cuya **titularidad real** corresponda a residentes fuera de la UE y AELC. Se entiende que esto sucede cuando no residentes en la UE y AELC 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.
- **Son Europeos No Españoles:**
 - (a) los **residentes** en países de la UE y AELC distintos de España; y
 - (b) los residentes en España cuya **titularidad real** corresponda a residentes en países de la UE y AELC distintos de España. Se entiende que esto sucede cuando no residentes en la UE y AELC 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.

- Son **inversiones** extranjeras directas:
 - (a) las inversiones como consecuencia de las cuales el inversor extranjero pase a ostentar una participación igual o superior al **10 %** del capital social de una sociedad española; y
 - (b) la operación societaria, acto o negocio jurídico como consecuencia de los cuales el inversor extranjero **adquiera el control** de una sociedad española de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

4. QUÉ INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS QUEDAN SUJETAS AL MECANISMO DE CONTROL

- No todas las inversiones extranjeras directas están sujetas al Mecanismo de Control, sino que depende (i) del sector en que desarrolla su negocio la sociedad objeto de inversión; y de (ii) las características subjetivas del inversor extranjero si es un Inversor No Europeo, con independencia del negocio de la sociedad en que invierta.
- Por su **objeto**, las inversiones extranjeras directas en los siguientes sectores están sujetas al Mecanismo de Control:
 - (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.
 - (b) **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, incluidas las telecomunicaciones, la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, las nanotecnologías, las biotecnologías, los materiales avanzados y los sistemas de fabricación avanzados.
 - (c) **Suministro de insumos fundamentales**, en particular energía, o los referidos a servicios estratégicos de conectividad o 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.
 - (e) **Medios de comunicación**, 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.

- (f) **Otros** sectores cuya liberalización a la inversión extranjera directa suspenda el Gobierno, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública (actualmente ninguno).
- Por el **sujeto** que las realiza, las inversiones extranjeras directas de los siguientes **Inversores No Europeos** están también sujetas al Mecanismo de Control, con independencia del sector en que invierta:
 - (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 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.
 - (b) Si el inversor extranjero ha realizado inversiones o ha 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 en los sectores sujetos al Mecanismo de Control indicados anteriormente.
 - (c) Si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España.

5. CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS POR NO SOMETERSE AL MECANISMO DE CONTROL CUANDO RESULTA PRECEPTIVO

- Las inversiones extranjeras directas sujetas al Mecanismo de Control llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa **carecerán de validez y efectos jurídicos** en tanto no se produzca su legalización.
- Además, se impondrá simultáneamente **multa**, que podrá ascender hasta el tanto del contenido económico de la operación.

6. PREGUNTAS FRECUENTES

- Una sociedad española opera un sector sujeto al Mecanismo de Control. ¿Está prohibida su adquisición por un inversor extranjero?
No. La sujeción al Mecanismo de Control no implica prohibición, sino la necesidad de una autorización administrativa antes del cierre de la operación.
- ¿Puede firmarse un contrato de compraventa, si la operación está sujeta al Mecanismo de Control, antes de obtener la autorización?
Sí. Se puede firmar, sin perjuicio de que el cierre de la operación pueda estar sujeto a la obtención de la autorización preceptiva con carácter previo.
- ¿Puede cerrarse una operación sujeta al Mecanismo de Control sin la autorización preceptiva si el contrato de compraventa no prevé como condición suspensiva su obtención?

Si se cerrase la operación sin la autorización preceptiva, la operación carecería de validez y efectos jurídicos en tanto no se produjese su legalización, y podrían imponerse multas por importe de hasta el tanto económico de la operación.

- ¿Afecta el Mecanismo de Control a operaciones cerradas antes de su entrada en vigor?

No, no tiene efecto retroactivo.

- La sociedad objeto de la inversión no opera ninguno de los sectores sujetos al Mecanismo de Control (artículo 7 bis.2). ¿Descarta esta circunstancia la aplicación del Mecanismo de Control?

No, el cierre de la operación podría requerir de autorización previa en virtud del Mecanismo de Control, con independencia del sector en que opere la sociedad objeto de la inversión, si se realizase por un Inversor No Europeo que reuniese alguna de las características descritas en el artículo 7 bis.3 de la Ley 19/2003. Para el análisis de si una operación está sujeta al Mecanismo de Control no basta con analizar la sociedad objeto, deben revisarse también las circunstancias personales del inversor.

- La operación de inversión no tiene por objeto inmediato una sociedad española, sino que la sociedad española es filial de otra (no española) en la que el inversor extranjero adquiere su participación. Como el Mecanismo de Control habla de inversiones extranjeras “directas” y la operación descrita es “indirecta”, ¿descarta esta circunstancia la aplicación del Mecanismo de Control?

No. Si el inversor extranjero adquiere la titularidad real de la sociedad propietaria de la filial española o, en virtud de la operación, pasa a adquirir el control de la sociedad española, la operación podría quedar sujeta al Mecanismo de Control. Habría que analizar las circunstancias concretas del caso.

- Una operación queda sujeta al Mecanismo de Control. ¿Serán necesarios seis meses (plazo legal) para obtener la autorización?

No necesariamente. En la práctica, en la mayoría de los casos, se ha otorgado la autorización en un plazo muy inferior. Los seis meses son el máximo legal.

7. PERSONAS DE CONTACTO



CHRISTIAN HOEDL
+34915860463
christian.hoedl@uria.com



JAIME FOLGUERA
+34915860657
jaime.folguera@uria.com



DAVID LÓPEZ VELÁZQUEZ
+ 34 91 587 09 39
david.lopez.velazquez@uria.com



EDURNE NAVARRO
+3226396464
edurne.navarro@uria.com



MANUEL VÉLEZ
+34915860160
manuel.velez@uria.com

BARCELONA
BILBAO
LISBOA
MADRID
PORTO
VALENCIA
BRUXELLES
LONDON
NEW YORK
BOGOTÁ
LIMA
SANTIAGO DE CHILE

www.uria.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico