

Entrada en vigor del nuevo Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (“RDIE”)

Toda & Nel-lo
Área de Derecho Público

Alerta informativa

El marco de inversiones extranjeras directas en España cambia a partir del 1 de septiembre de 2023, cuando entra en vigor el nuevo Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (“RDIE”). El RDIE deroga completamente el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.

Como consideración preliminar, en el plano legal mantienen su vigencia:

- Tanto la regulación del art. 7 bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio (“LIE”) en lo relativo a la suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas (“IED”) en España; como
- Temporalmente (hasta el 31 de diciembre de 2024), el art. 62 del Real Decreto-ley 20/2022, que somete a autorización las operaciones de IED realizadas: (i) sobre empresas cotizadas en España, o sobre empresas no cotizadas si el valor de la inversión supera los 500 millones de euros; (ii) por residentes (o titulares reales últimos que controlen o posean más del 25% del capital social o derechos de voto del inversor) de otros países de la Unión Europea (“UE”) y de la Asociación Europea de Libre Comercio (“AELC”); y (iii) como consecuencia de las cuales el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se adquiriera 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 (“LDC”).

Las novedades principales del RDIE son las siguientes:

1. RÉGIMEN DE DECLARACIÓN DE INVERSIONES EXTERIORES

El RDIE concentra las novedades principales sobre el régimen de IED (*Foreign Direct Investment*, “**FDI**”) en sus arts. 14 a 17, a los que se dedican los siguientes puntos de esta nota.

Pero el RDIE regula también un régimen de declaración de las inversiones extranjeras (no directas, *Portfolio Investment*) en el Registro de Inversiones el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo: (i) que es de carácter obligatorio y “ex post”; (ii) tanto para operaciones de inversión como de desinversión, y (iii) que ha sido objeto de notable ampliación frente a la regulación que existía hasta este momento. P. ej. y sin ánimo exhaustivo:

- Se precisa ahora que las sociedades gestoras están obligadas a declarar inversiones exteriores realizadas a través de fondos de inversión libre, fondos inmobiliarios, fondos de capital-riesgo, fondos de inversión alternativos y otras figuras de similar naturaleza, siempre que la sociedad gestora sea residente y como resultado se vaya a adquirir, o se tenga derecho a adquirir, una participación igual o superior al 10 % del patrimonio o capital social de la entidad, según sea el caso;
- Se incluyen nuevas formas de inversión exterior por el objeto, como constitución o formalización de contratos de cuentas en participación, uniones temporales de empresas, fundaciones, agrupaciones de interés económico, o comunidades de bienes; o la participación en cualquiera de ellas cuando la participación del inversor no residente represente un porcentaje igual o superior al 10 % del valor total y, además, sea superior a 1M de euros.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la obligatoriedad de declarar este último tipo de inversiones no entrará en vigor hasta que se desarrolle el RDIE en este punto.

2. EL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN DE IED, EN GENERAL

Se mantiene el triple criterio presente en el art 7 bis LIE, es decir se consideran IED:

- a) Según un **criterio geográfico**: aquellas realizadas (directa o indirectamente) por inversores residentes de países fuera de la UE y de la AELC.

La regulación de la LIE incluye también un tipo de inversiones que podemos considerar indirectas: las realizadas por residentes de países de la UE o de la AELC cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la UE y de la AELC. 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.

- b) Según un **criterio cuantitativo**: (i) cuando el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de la sociedad española; o (ii) cuando, como consecuencia de la operación se adquiriera el control de dicha sociedad en el sentido de poder ejercer una “influencia decisiva sobre la misma”, en los términos del art. 7.2 LDC.

Sin ánimo exhaustivo, se ha considerado que confieren control facultades como el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de los consejos de administración y vigilancia (Sentencia del Tribunal Supremo [“STS”] Dragados 12 julio 2006; Informe del antiguo Servicio Defensa de la Competencia [“SDC”] UBE/3i/STEN, 15 septiembre 2016), la dependencia económica y financiera de un accionista minoritario cuando solo este posee el know-how necesario para la explotación de la empresa en participación (Decisión de la Comisión Europea [“CE”] Coca Cola/Amalgamated Beverages GB, 22 enero 1997) o el ejercicio de derechos de veto sobre decisiones estratégicas, tales como nombramiento y destitución de altos directivos, decisiones sobre el plan de negocios o incluso sobre la tecnología cuando esta es un factor clave en las actividades de la empresa. Por el contrario, no confieren control las facultades de veto sobre reformas de estatutos sociales, o sobre aumento o reducción del capital (Decisión CE Elf Atochem/Rutgers, 29 julio 1994) ni decisiones tales como el cambio de sede (Decisión CE Eridania/ISI, 30 julio 1991).

Según un **criterio sectorial o subjetivo**, i. e. cuando la inversión se considera de riesgo -por las características del sector o del concreto inversor- para la seguridad, salud u orden públicos: (i) criterios sectoriales: cuando se efectúen inversiones en determinados sectores de actividad; (ii) criterios subjetivos para determinados inversores. Su detalle aparece recogido en el art. 7 bis de la LIE, que el RDIE se limita en líneas generales a reproducir

3. CUADRO DE EXENCIONES PRINCIPALES AL RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA

De conformidad con el nuevo RDIE, no están sujetas a autorización las siguientes IED:

- a) **Sector energético**, siempre y cuando concurren las siguientes **condiciones cumulativas**:
- Criterio objetivo: que la sociedad participada o el activo adquirido no ejerzan actividades reguladas.
 - Criterio subjetivo: que la sociedad no adquiriera la condición de operador dominante en actividades liberalizadas de energía eléctrica (generación y comercialización), ni en actividades (ya sean reguladas o liberalizadas) relativas a los mercados de carburantes, biocarburantes, petróleo o gas natural.
 - Criterio cuantitativo: que la IED suponga la adquisición de activos de producción de energía, siempre que la cuota de la potencia instalada por tecnología sea inferior al 5%.

A efectos del cálculo de la potencia instalada en manos del inversor, se computarán todos los activos de producción que ya sean titularidad del inversor, directa o indirectamente, en el momento de la solicitud de autorización de la inversión extranjera, además de los activos susceptibles de adquisición.

- b) Aquellas inversiones extranjeras en las que la **cifra de negocio de las sociedades adquiridas no supere los 5M euros en el último ejercicio** y cuyas tecnologías, además, no hayan sido desarrolladas al amparo de proyectos de especial interés para España.
- c) Inversiones por las que se adquieran **inmuebles no afectos a ninguna infraestructura crítica** o no resulten indispensables para la prestación de una actividad.
- d) Inversiones **transitorias (i. e. de corta duración)** en las que el inversor no tiene capacidad de influir decisivamente en la gestión de la sociedad adquirida.

4. OTRAS EXENCIONES

Están también exentas de autorización los siguientes tipos de IED:

- a) las reestructuraciones internas en un grupo de empresas; y
- b) los incrementos en las participaciones empresariales por parte de un accionista que ya tenga una participación superior al 10% y que no vayan acompañados de cambios en el control.

5. NOVEDADES PROCEDIMENTALES

- a) Se establece un **procedimiento de consulta voluntaria** para determinar si una operación de inversión extranjera queda sometida a autorización administrativa:
 - Órgano competente: Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, a excepción de las IED en actividades de Defensa Nacional, en cuyo caso, corresponde a la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa.
 - Plazo: 30 días hábiles, previo informe favorable de la Junta de Inversiones Exteriores. Transcurrido el plazo sin resolver, el interesado puede presentar solicitud de autorización.
 - Carácter de la resolución: vinculante para los órganos y entidades de la Administración consultada en relación con el consultante.
- b) Se imponen algunas **nuevas formalidades en cuanto al deber de declarar:**

- En el caso de que la operación haya sido intervenida por notario, será este quien remitirá la declaración al Consejo General del Notariado, quien, a su vez, deberá encargarse de gestionar la información y remitirlo al Registro de Inversiones.

Transitoriamente, hasta que entre en vigor el desarrollo normativo del RDIE, el Consejo General del Notariado no tendrá que gestionar y centralizar la información que reciba de los notarios intervinientes ni la presentación por el notario o por el titular de la inversión.

6. RÉGIMEN TRANSITORIO

- Sigue aplicándose el RD 664/1999 para aquellos procesos en tramitación de autorización de IED iniciados con anterioridad al RDIE.
- Regla especial para los procedimientos simplificados de solicitudes de autorización de IED al amparo del art. 7 bis de la Ley 19/2013 (aquellos en que se acredite un acuerdo entre las partes o una oferta vinculante en los que el precio hubiera sido fijado; y aquellos cuyo importe sea igual o superior a 1 millón de euros e inferior a 5 millones de euros), iniciados con anterioridad al RDIE: se resolverán de acuerdo con las normas vigentes en el momento de su iniciación.
- Hasta que se aprueben normas de desarrollo del RDIE, continuarán vigentes, siempre que no se opongan a lo regulado en el mismo, los procedimientos de tramitación de las declaraciones y el registro de las IED y de presentación de las memorias anuales de la Orden de 28 de mayo de 2011.
- Hasta que entre en vigor el desarrollo normativo del RDIE, las operaciones de IED y su desinversión se declararán transitoriamente utilizando los modelos previstos.