

**RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN
PREVIA DE INVERSIONES
EXTRANJERAS A PROPÓSITO
DEL REAL DECRETO 571/2023,
DE 4 DE JULIO, SOBRE
INVERSIONES EXTRANJERAS**



Pol Ferré Asensio (MUA+IBL)

0. ABSTRACT

En ocasión de la pandemia del COVID-19, el Gobierno inició una labor legislativa encaminada a paliar las consecuencias sanitarias y económicas que, debido a la misma, se pudieran producir. Entre dichas medidas, mediante el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 marzo, se añadió el artículo 7 bis en la Ley 19/2003, de 4 de julio, generalizando el deber de someter a autorización administrativa previa determinadas inversiones extranjeras directas en España que cumplieran con una serie requisitos objetivos y subjetivos con el fin de salvaguardar a las empresas españolas de adquisiciones foráneas oportunistas. Ahora bien, el control de las inversiones extranjeras directas requería de un mayor desarrollo reglamentario que no se instrumentalizó hasta la promulgación del Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, desarrollado a su vez por la Orden ECM/57/2024, de 29 de enero de 2024. Así las cosas, en los últimos años la normativa sobre “*Foreign Direct Investments*” se ha convertido en un elemento fundamental para la viabilidad, sobre todo, de las operaciones de fusión y adquisición de empresas extranjeras. Es por ello por lo que el presente artículo analiza las implicaciones de la suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, examinando qué cabe entender por inversión extranjera directa, así como analizando cuándo dichas inversiones requerirán de autorización administrativa previa para que la operación de inversión sea válida y produzca efectos jurídicos, y todo a la luz del nuevo Real Decreto.

1. INTRODUCCIÓN

La liberalización de la inversión extranjera directa, que abarca tanto la inversión foránea en España como la española en el extranjero, se erige como uno de los instrumentos más efectivos para fomentar la integración económica a nivel internacional. De acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (en adelante, el “**Real Decreto 571/2023**”), la inversión extranjera ha desempeñado un papel crucial durante décadas en el impulso de la modernización económica, facilitando el acceso a conocimientos técnicos innovadores y contribuyendo

RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023

a la mejora tanto de la productividad como del empleo. Paralelamente, la inversión realizada en el extranjero por las empresas españolas ha sido un factor determinante tanto en su proceso de internacionalización como en su crecimiento, así como en el desarrollo global de la economía española.

Además, si se considera el impacto de la inversión extranjera directa en cuestiones sociales, ambientales, derechos humanos y gobernanza, ésta se ha convertido en un pilar esencial para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la materialización de la Agenda 2030, al tiempo que ha contribuido a la proyección internacional de los valores compartidos por España y, a su vez, por la Unión Europea.

Pues bien, a pesar de su relevancia para el progreso y el desarrollo económico, una vez desatada la situación de crisis sanitaria originada por el COVID-19, la tendencia de los gobiernos europeos ha sido establecer controles mediante normas que pretenden un equilibrio entre el fomento de la inversión extranjera directa y la protección de las empresas que, debido a la merma económica y financiera derivada de la pandemia, pudieran ser objeto de inversiones oportunistas¹.

En esta línea, y como se analizará en los epígrafes siguientes, el legislador español ha modificado, de forma reciente, la normativa de “*foreign direct investment*” (en adelante, “**FDI**”) configurando un sistema de autorización administrativa previa para controlar las inversiones extranjeras directas en España, en función del inversor y a través de la salvaguarda de sectores estratégicos nacionales. Tal es la relevancia de la regulación FDI que, en multitud de ocasiones, su impacto en las operaciones de adquisiciones de empresas provoca la incorporación de una cláusula suspensiva en el contrato hasta que, por parte de la autoridad competente, se autorice la inversión.

2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN ESPAÑA

Con el fin de una interpretación contextualizada y coherente de la normativa de inversiones extranjeras directas en España, es aconsejable partir de una breve referencia histórica sobre cómo esta normativa ha ido evolucionando hasta la fecha.

¹ ARAGÓN ALONSO lo define del siguiente modo: “*El estado de alarma en el que se encuentra nuestro país y las grandes dificultades por las que atraviesan la economía y las compañías españolas han resucitado, pues, una pseudo acción de oro con la que proteger la “españolidad” de ciertas compañías o protegerlas frente a los intentos de toma de control por parte cierto tipo de inversores.*” (vid. ARAGÓN ALONSO, I. “La Suspensión del Régimen de Liberalización de Inversiones o el renacer de la golden share”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2020.)

2.1. El régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España: de la Ley 40/1979 y su desarrollo reglamentario, a la vigente Ley 19/2003 y el nuevo Real Decreto 571/2023

En España, el régimen regulador de la intervención administrativa de las inversiones exteriores viene recogido, desde el 6 de julio de 2003, en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (en adelante, la “**Ley 19/2003**”).

A pesar que la Ley 19/2003 derogó la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico del control de cambios, no hizo lo mismo con su desarrollo reglamentario que se encontraba en el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores (en adelante, el “**Real Decreto 664/1999**”), que, a su vez, fue posteriormente desarrollado por la Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001, del Ministerio de Economía, mediante la cual se determinan los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, incluyendo los procedimientos para la presentación de memorias anuales y expedientes de autorización (en adelante, “**Orden de 28 de mayo de 2001**”).

Desde su entrada en vigor, la Ley 19/2003 toma como principio fundamental la libertad de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, por lo que engendró un régimen liberal en el que “*son libres cualesquiera actos, negocios, transacciones y operaciones entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento puedan derivarse cobros y pagos exteriores, así como las transferencias de o al exterior y las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, sin más limitaciones que las dispuestas en esta ley y en la legislación sectorial específica*” (artículo 1 de la Ley 19/2003).

Sin embargo, confirió al Gobierno de la nación la potestad de suspender el régimen de liberalización de inversiones extranjeras directas cuando las operaciones en cuestión pudieran afectar a actividades relacionadas, aunque sólo fuera de modo eventual, (i) con el ejercicio de poder público, (ii) actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o (iii) a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas (artículo 7 de la Ley 19/2003). Como se verá, la consecuencia jurídica de la suspensión deriva en la necesidad de obtener la preceptiva autorización administrativa para conseguir la validez de la correspondiente operación de inversión.

Conforme a esta regulación, se liberalizaron las inversiones extranjeras en España debiéndose declarar la operación a la Administración *ex post* y para los meros efectos estadísticos, salvo las inversiones que por su objeto recayeran en el sector de la defensa, restando las mismas sujetas a autorización previa del Consejo de Ministros. La

*RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A
PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023*

autorización se concedía tras el pertinente informe de la Junta de Inversiones Exteriores, en un plazo de seis meses, con silencio administrativo negativo (artículo 3 de la Ley 19/2003 y artículos 4 y 11 del Real Decreto 664/1999, de 23 de abril).

Sin embargo, y toda vez el Gobierno efectuó la declaración del estado de alarma por el devenir del COVID-19, se introdujo, a partir del 18 de marzo de 2020, la suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en nuestro Estado, a través de la adición de un nuevo artículo 7 bis en la Ley 19/2003 mediante el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, modificado un cúmulo de tres ocasiones hasta la fecha (en adelante, el “**Real Decreto-Ley 8/2020**”)².

En concreto, bajo los auspicios de la Comunicación de la Comisión Europea (n. o 2020/C 99 I/01), titulada “*Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa*” se generalizó la necesidad de obtener autorización administrativa previa para las inversiones extranjeras en empresas españolas que operaran en sectores especialmente identificados cuando fueran realizadas por residentes de países ajenos a la Unión Europea y a la Asociación Europea de Libre Comercio (en adelante, la “UE” y la “AELC”, respectivamente).

La referida suspensión se vio posteriormente matizada, desarrollada y ampliada a través del 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 (en adelante, el “**Real Decreto-Ley 11/2020**”), así como por 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 (en adelante, el “**Real Decreto-Ley 34/2020**”), los cuales introdujeron modificaciones en el referido artículo 7 bis de la Ley 19/2003.

Asimismo, el referido Real Decreto-Ley 34/2020 extendió *temporalmente* la suspensión del régimen de liberalización, y, en consecuencia, la necesidad de una autorización para la validez de inversiones que procedieran de la UE o de la AELC con el objetivo de preservar, también, de adquisiciones oportunistas a empresas españolas que

² En concreto, la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 señalaba que: “*El reciente impacto de la crisis global desencadenada por el COVID-19 sobre los mercados bursátiles mundiales, supone una amenaza cierta para las empresas españolas cotizadas, pero también para las no cotizadas que están viendo mermado su valor patrimonial, muchas de ellas de los sectores estratégicos de nuestra economía, de que se lancen operaciones de adquisición de las mismas por parte de inversores extranjeros. Todo ello explica la extraordinaria y urgente necesidad de acometer con urgencia la modificación del actual modelo de control de las inversiones extranjeras para introducir mecanismos de autorización ex ante de las citadas inversiones.*”

operan en determinados sectores y cuyo valor se hubiera visto mermado por la crisis sanitaria³.

En todo caso, lo cierto es que el nuevo régimen requería de un desarrollo reglamentario mayor al establecido en el Real Decreto 644/1999 que, como mínimo, matizara la tipología de inversiones que, des de ese instante, quedaban sujetas al régimen de autorización previa; así como qué elementos determinaban que una inversión se realizara en un sector considerado estratégico a los efectos de la inversión extranjera.

Por todo ello, el Consejo de Ministros aprobó, tres años después, el Real Decreto 571/2023, que derogó el citado Real Decreto 644/1999. Su adopción supone ni más ni menos que la estabilidad y la vocación de permanencia de un régimen cuyo origen se justificó bajo la urgente necesidad de la situación de crisis sanitaria. Asimismo, recientemente se ha aprobado la Orden ECM/57/2024, de 29 de enero, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores (la “**Orden ECM/57/2024**”), que desarrolla el Real Decreto 571/2023 y que deroga la anterior Orden Ministerial de 28 de mayo de 2001.

2.2. La UE como eje armonizador de la normativa “FDI”

Todo lo anteriormente descrito no ha sido ajeno al devenir general de la Unión Europea. En 2017, la Comisión propuso la adopción de un marco comunitario que impulsase el control de la inversión extranjera directa por parte de los Estados miembros, equilibrar la apertura general de la Unión a los flujos de inversión extranjera directa y, a su vez, la defensa de sus intereses estratégicos. En este marco, se aprobó el Reglamento UE 2019/452, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, que estableció un marco para la supervisión de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad u orden público (en adelante, el “**Reglamento 2019/452**”).

³ No deja de resultar paradigmático que en la misma sesión del Consejo de Ministros en la que se aprobó el citado Real Decreto, se declarara, a su vez, el fin de la situación de crisis sanitaria. Este régimen excepcional de naturaleza temporal dedicado a las inversiones procedentes de la Unión Europea ha sido prorrogado en tres ocasiones: (i) hasta 31 de diciembre de 2021 por Real Decreto-Ley 12/2021, de 24 de junio; (ii) hasta el 31 de diciembre de 2022 por Real Decreto-Ley 27/2021, de 23 de noviembre; y (iii) hasta el 31 de diciembre de 2024 por Real Decreto-Ley 20/2022, de 27 de diciembre, a pesar de que la situación provocada por la COVID-19, que había justificaba este régimen ha cesado. Nótese, además, cómo las prórrogas han ido in crescendo, lo cual en principio parece colisionar con el carácter extraordinario y meramente temporal de la medida. BARREDO y CANSECO opinan que la regulación es “*en discutida y discutible conformidad con el Derecho de la Unión Europea y con la libertad de establecimiento que éste ampara*” (vid. BARREDO, M. y CANSECO, O. El régimen de inversiones extranjeras: su definitiva consolidación mediante el desarrollo reglamentario, *Diario LA LEY*, Nº 10342, Sección Tribuna, 6 de Septiembre de 2023.)

RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023

El Reglamento 2019/452 sentó una base normativa para que los Estados Miembros pudieran ponderar los riesgos inherentes a los cambios significativos en la estructura y titularidad de propiedad de una empresa, además de los elementos definitorios de los inversores extranjeros.

La norma encuentra su expresión primigenia en el artículo 65.1.b del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, el “TFUE”). Su objetivo principal es proporcionar un marco normativo para supervisar las inversiones extranjeras que provienen de fuera de los Estados Miembros, en aras de la seguridad y la salvaguarda del orden público. El artículo 4 del Reglamento establece los criterios a considerar para evaluar si una inversión extranjera directa podría tener un impacto en la seguridad o el orden público⁴.

A tal efecto, el Reglamento no establece un mecanismo único para que se adopte por todos los Estados Miembros, si no que confiere la libertad organizativa al definir el sistema de control *ex ante* de las inversiones extranjeras que sean susceptibles de afectar a la seguridad o al orden público. En su lugar, establece criterios uniformes para el control de inversiones extranjeras directas en la UE e instituye unos mecanismos de cooperación entre los Estados miembros y con la Comisión Europea, garantizando, así, que se comparta información precisa, exhaustiva y veraz entre las partes involucradas.

El origen de esta norma se remonta a una serie de sentencias del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante, el “TJUE”), que viene sosteniendo que “*un régimen de intervención basado en una autorización administrativa previa o en derechos de veto constituye una restricción a la libre circulación de capitales*” y una “*infracción de la libertad de establecimiento*” salvo que sean indistintamente aplicables tanto a los residentes como a los no residentes, obedezcan a razones de interés general y sean subsumibles bajo los estándares de la proporcionalidad con el fin perseguido⁵.

⁴ Entre estos factores se incluyen la influencia en áreas sensibles para los intereses del Estado como infraestructuras y tecnologías, la provisión de recursos esenciales como la energía y el acceso a información sensible. Asimismo, este artículo habilitó a los Estados miembros tener en cuenta características específicas del inversor, como su posible vinculación con gobiernos extranjeros, la posibilidad de que su inversión afecte a la seguridad u orden público en otro Estado miembro, o la sospecha de actividades ilegales o delictivas (*vid.* BARREDO, M. y CANSECO, O. El régimen de inversiones extranjeras: su definitiva consolidación... op. cit. pág. 3).

⁵ En este sentido se pronuncia la Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-463/00, de 13 de mayo de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España (ECLI:EU:C:2003:272). Esta misma tesis ha sido reiterada por el TJUE en diversas ocasiones, y, a los efectos que ahora interesan, muy notablemente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Asunto C-106/22 (“*Xella Magyarország*”), de 13 de julio de 2023 (ECLI:EU:C:2023:568).

No en vano, y ya de forma más reciente, la Comisión Europea ha publicado en fecha 24 de enero de 2024 su propuesta para un nuevo Reglamento para el control de las inversiones extranjeras en la UE que pretende derogar el citado Reglamento 452/2019. Entre las novedades de la propuesta del nuevo Reglamento, cabe destacar las siguientes.

En primer lugar, y ante la palpable necesidad de reforzar la seguridad económica nacional frente a inversiones de terceros países en sectores que consideran estratégicos, la propuesta legislativa persigue la obligatoriedad del establecimiento de los mecanismos de control de las inversiones extranjeras directas en todos los Estados miembros para las materias que se reseñan en sus Anexos I y II.

En segundo lugar, y con el fin reforzar el marco de control de las inversiones extranjeras directas, el texto aprobado somete al mecanismo de control a las inversiones extranjeras indirectas en la UE. En concreto, a aquellas inversiones en empresas de la UE que realicen sociedades de un Estado miembro en las que una empresa de un tercer país ostente una influencia decisiva. De esta forma, la Comisión da respuesta al criterio sentado en el Asunto C-106/22 (Xella Magyarország), donde el TJUE interpretó que el Reglamento 452/2019 excluía del mecanismo de control a los inversores residentes en la UE, a pesar de que fueran controlados por un inversor de un tercer estado.

Finalmente, la propuesta de la Comisión engendra mecanismos de cooperación entre los Estados miembros y criterios para la evaluación del riesgo que supone una inversión extranjera directa en la seguridad y el orden público, aportando, así, más seguridad jurídica.

En vista de lo anterior, si se aprueba el texto del nuevo Reglamento en los términos publicados, el régimen vigente en España de FDI explicado en el presente artículo deberá adaptarse a las nuevas previsiones de la Comisión Europea.

3. LA VIGENTE SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE LIBERALIZACIÓN DE DETERMINADAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN ESPAÑA: ALCANCE Y FUNCIONAMIENTO DEL ACTUAL MECANISMO DE CONTROL DEL ARTÍCULO 7 BIS DE LA LEY 19/2003

3.1. Marco normativo vigente

Como se ha visto en el apartado anterior, las normas vigentes de aplicación a las inversiones extranjeras directas en España son las siguientes: *(i)* la Ley 19/2003 y su desarrollo normativo a través del nuevo Real Decreto 571/2023; *(ii)* las modificaciones y matizaciones al régimen efectuadas por los Reales Decretos Leyes 8/2020, 11/2020 y

*RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A
PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023*

34/2020; y *(iii)* la Orden ECM/57/2024, que ha desarrollado recientemente los procedimientos contemplados en el Real Decreto 57/2023 aplicables a las declaraciones de inversiones exteriores.

Estas normas están teniendo un gran impacto en las operaciones de inversión directas como lo son las adquisiciones de empresas españolas por extranjeros no residentes en España. En efecto, el artículo 7 bis de la Ley 19/2003 ha suspendido, para un determinado grupo de inversiones extranjeras directas en España, el régimen de liberalización del que antes gozaban. Ello implica que, si la pretendida inversión extranjera cumple con los requisitos que se verán a continuación, el inversor deberá obtener una autorización administrativa previa de la autoridad competente para que pueda llevarse a cabo con todos sus efectos.

Como se ha comentado, tales operaciones de inversión estarán sujetas, de ahora en adelante, a un examen previo. En efecto, el artículo 7 bis de la Ley 19/2003 suspende el régimen general de liberalización, por lo que aquellas inversiones extranjeras que cumplan los siguientes requisitos deberán contar con la autorización previa de la Administración.

En concreto, el ámbito de aplicación de la suspensión operada por el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, desarrollado por el reciente Real Decreto 571/2023, abarca aquellas inversiones que sean reputadas *(i)* como extranjeras directas en España y *(ii)* cuando tengan por objeto una empresa que opere en uno de los sectores estratégicos relacionados en la norma; o bien, alternativamente, que sea realizada por uno de los sujetos identificados en el propio artículo 7 bis. Es decir, la norma configura un sistema dual en virtud del cual, en principio, una inversión estará sujeta a autorización en función del sujeto que la realice y de su objeto.

Es por ello por lo que el análisis que se ha de efectuar para comprobar si la inversión está sujeta a autorización previa consiste en determinar si la misma es una inversión directa en el sentido de la Ley 19/2003, y en caso afirmativo, si es subsumible en alguno de los sectores relacionados en el artículo 7 bis o bien realizada por un sujeto identificado en el mismo precepto (con todas las matizaciones introducidas por el Real Decreto 571/2023).

a. Concepto de inversión extranjera directa en España

Será inversión extranjera directa en España, a los efectos de la normativa de FDI, aquélla en la que concurran un elemento de carácter subjetivo (la tipología de inversor) y uno de objetivo (participación o control sobre la “*target*”)⁶.

- (i) Elemento subjetivo o “de residencia del inversor”. Los inversores deberán ser (i) residentes de países fuera de la UE o parte de la AELC -sin tener en cuenta donde reside su titular real-, o (ii) residentes de países de la UE o de la AELC cuyo titular real resida fuera de la UE o de la AELC. A estos efectos, se entiende que la titularidad real la ostenta quien posee (i) la titularidad o el control último, directo o indirecto, de un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto del inversor, o (ii) el ejercicio del control, directo o indirecto, sobre éste por otros medios⁷.

En relación con este elemento subjetivo, en primer lugar, es necesario señalar que para determinar la residencia se debe estar a la normativa fiscal, en cuanto a las personas físicas, y al domicilio social, en cuanto a las personas jurídicas (artículo 2 de la Ley 19/2003).

Como ha sido expuesto, el artículo 7 bis de la Ley 19/2023 atiende al titular real de la inversión cuando esta se realice por residentes de países de la UE o

⁶ A los efectos del Reglamento 2019/452, la inversión extranjera directa se define como “*una inversión de cualquier tipo por parte de un inversor extranjero con el objetivo de crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y el empresario o la empresa a los que se destinen los fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro, incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica;*” A su vez, ABELLA SANTAMARÍA las define como “*movimientos de capitales y, en cuanto tales, son operaciones financieras que se dirigen a la distribución de capital y no a la remuneración de una prestación. Por ello, existe una transferencia de bienes de una economía extranjera a España, destinada a la adquisición de bienes o derechos de contenido económico*” (vid. ABELLA SANTAMARÍA, J., *Inversiones extranjeras en España*, Manuales Extebank, Serie Comercio Exterior, 3a edición, Banco Exterior de España, Servicio de Estudios económicos, Madrid, 1989, pp. 21- 22.)

⁷ En cuanto a los fondos de inversión alternativa, debido a que la gestión del patrimonio de inversión está delegada en favor de una entidad gestora, se ha venido determinado como titular real a la sociedad gestora y no a los partícipes que no ostentan el verdadero control de la inversión. En este sentido, el artículo 4.b del Real Decreto 571/2023 ahora aclara que “*la adquisición de participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva y entidades de inversión colectiva de carácter cerrado (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 por ciento del patrimonio o capital social de la entidad, según sea el caso*”.

RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023

de la AELC, ya que pretende asegurarse de que no existan sociedades instrumentales creadas en la UE únicamente a los efectos de adquirir a otra sin someterse a la preceptiva autorización. Sin embargo, es oportuno señalar que, a la luz de los razonamientos vertidos por el TJUE en el Asunto “*Xella Magyarország*”⁸, esta concreta suspensión del régimen de liberalización podría ser considerada contraria a la libertad fundamental de establecimiento. En efecto, con el actual régimen se someten a autorización previa tanto las inversiones realizadas por residentes fuera de la UE o de la AELC, pero cuyo titular real es residente en la UE o en la AELC, como aquellas inversiones realizadas por residentes en la UE cuando, a pesar de que su titular final también sea residente, haya, en la cadena de titularidades, un no residente. Ello podría reputarse contrario a la libertad fundamental de establecimiento, por cuanto, según el TJUE, una normativa nacional solo puede restringir la referida libertad fundamental bajo una razón imperiosa de interés general que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

- (ii) Elemento objetivo o “de control”. Serán objeto de autorización administrativa previa aquellas inversiones en sociedades ya sean cotizadas o no, cuando como consecuencia de ellas (i) el inversor 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 adquiriera el control de la totalidad o de una parte de ella⁹.

A estos efectos, la operación jurídica por la que se adquiriera el control de la sociedad podrá consistir tanto en la constitución de la sociedad, como la

⁸ El TJUE esgrimiría que “*en la medida en que la normativa nacional de que se trata, tal como se aplica en la resolución impugnada en el litigio principal, permite a las autoridades de un Estado miembro prohibir a una sociedad de la Unión, por motivos de seguridad y de orden público, la adquisición de una participación en una sociedad residente «estratégica» que le permita ejercer una influencia efectiva en la gestión y el control de esta última sociedad, constituye, manifiestamente, una restricción a la libertad de establecimiento de dicha sociedad de la Unión, en el caso de autos una restricción particularmente grave*” (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Asunto C-106/22 (“*Xella Magyarország*”), de 13 de julio de 2023 (ECLI:EU:C:2023:568), párrafo 59).

⁹ El artículo 11.4 del Real Decreto 571/2023 aclara que, en el caso de que pueda resultar de aplicación la suspensión del régimen general de liberalización y, por tanto, la sujeción a autorización previa, a las adquisiciones derivadas de una oferta pública de compra, venta o de suscripción de acciones admitidas a negociación en un mercado regulado español, la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo o la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa se lo notificará a la CNMV con el fin de que el oferente incluya esta información en la documentación que en su caso deba difundirse en relación con la oferta.

suscripción o adquisición total o parcial de sus acciones y la asunción o adquisición total o parcial de participaciones sociales, derechos de suscripción de acciones, obligaciones convertibles en acciones u otros valores análogos que por su naturaleza den derecho a la participación en el capital, a la vez que cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquirieran derechos políticos en una sociedad española.

Por control de la sociedad deberá estarse a la definición que brinda el artículo 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante, “**Ley 15/2007**”), pudiéndose derivar de derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, así como contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa (artículo 16 del Real Decreto 571/2023).

Cabe, por último, preguntarse si por el hecho de adquirir un 10 por ciento de una sociedad cuando ya se había adquirido la misma cantidad con anterioridad supone la necesidad de solicitar de nuevo la autorización. En este caso, el Real Decreto 571/2023 establece que los incrementos en las participaciones empresariales por parte de un accionista que ya tenga una participación superior al 10 por ciento no estarán sujetos a autorización salvo que no vayan acompañados de cambios en el control¹⁰.

b. Inversiones sujetas a la autorización por su objeto

En segundo lugar, una vez se haya concluido que la operación de inversión es una inversión extranjera directa en España a la luz de la normativa vigente, debe analizarse si la misma está sujeta a autorización administrativa previa. La sujeción dependerá del sector en que desarrolla su negocio la “*target*” o de las características del inversor extranjero. Este apartado se dedica a la sujeción según el sector económico de la inversión.

El apartado 2 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003 relaciona aquellos sectores considerados estratégicos por el Estado y que, en consecuencia, serán sensibles a las inversiones extranjeras directas en España. Es por ello por lo que, si la inversión extranjera directa recae en una empresa española cuya actividad pueda subsumirse en

¹⁰ Asimismo, se establece se considerará devengada la necesidad de contar con la autorización cuando se produzcan operaciones de inversión exterior dentro de un período de dos años entre los mismos compradores y vendedores alcanzando los límites para considerarse inversión extranjera directa, pues éstas gozarán de la virtualidad jurídica de una sola realizada en la fecha de la última operación (artículo 11.1.b del Real Decreto 571/2023).

*RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A
PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023*

alguno de los siguientes sectores, se activará la necesidad de contar con la autorización previa:

- 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 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, 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 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, 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, 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.

Es oportuno señalar que en el artículo 15.3 del Real Decreto 571/2023 se detallan, con mayor concreción, qué ha de entenderse por cada uno de los sectores anteriormente reseñados. Lo cierto es que lo común entre ellos es que su inclusión se justifica por razones de orden público, la seguridad pública y a la salud pública.

Sin embargo, la enumeración de los sectores suscita diversas cuestiones que el legislador no ha dado respuesta. Por ello, es menester preguntarse qué sucede con las

sociedades que, sin que sea su actividad principal, puedan subsidiaria o indirectamente actuar en uno de esos sectores. Por otro lado, ni la Ley 19/2003 ni el Real Decreto 571/2023 aclaran si la enumeración tiene el carácter de *numerus clausus* o bien no es exhaustiva¹¹.

c. Inversiones sujetas a autorización en función del inversor

De acuerdo con el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, quedarán sujetos a la exigencia de contar con autorización los sujetos que realicen inversiones en sociedades españolas con independencia del sector en que las mismas operen y la cifra de su negocio:

- 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 para determinar la existencia del referido control los parámetros establecidos en el artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.
- 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 la sección 3.2 y
- c) Si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden o salud públicos en España.

En este sentido, el artículo 16.3 del Real Decreto 571/2023 concreta que, para determinar tal extremo “*se tendrán en cuenta, preferentemente, las sanciones administrativas o judiciales firmes impuestas al inversor en los últimos tres años, en particular, en ámbitos como el blanqueo de capitales, el medioambiental, el tributario, o la protección de la información sensible*”.

d. Supuestos de no sujeción.

Cabe destacar que el Real Decreto 571/2023 ha excluido del ámbito de aplicación de la norma, a pesar de que en las mismas pudieran concurrir las notas subjetivas y objetivas comentadas en los párrafos anteriores, a las “*reestructuraciones internas en un grupo de empresas*” (artículo 14.3.a). No están sujetas, tampoco, las operaciones que

¹¹ BARREDO y CANSECO apuntan a que “*pese a que la respuesta desde un punto de vista estrictamente jurídico es que, siendo el artículo 7 bis una norma restrictiva de derechos, no puede realizarse una interpretación ni una aplicación extensiva de la misma, la experiencia nos dice que una operación puede quedar sujeta si a pesar de que el sector de la inversión no se encuentra formalmente en ese listado, es considerado por la Administración como estratégico*” (vid. BARREDO, M. y CANSECO, O. El régimen de inversiones extranjeras: su definitiva consolidación... op. cit. pág. 18).

*RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A
PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023*

tengan nula o escasa repercusión en los bienes jurídicos protegidos por el artículo 7 bis de la Ley 19/2003, y el artículo 65 TFUE (artículo 14.2), ni aquellas realizadas por vehículos a través de los que se invierten fondos públicos si se desprende que su política de inversión es independiente, sin influencia política de un tercer Estado (artículo 16.1.b).

Nótese que estos supuestos de no sujeción se establecen para el mecanismo de autorización administrativa previa prevista en el art. 7 bis de la Ley 19/2003, pero no para los demás mecanismos de control que se encuentran ahora regulados en la normativa de FDI (como el de defensa o armas que se analizarán brevemente más adelante).

e. Exenciones.

Finalmente, es menester mencionar que el Real Decreto 571/2023 establece, en su artículo 17, una serie de exenciones al deber de contar con autorización administrativa previa. A diferencia del régimen anterior, en el que quedaban exentas las inversiones por importe inferior a un millón de euros, el Real Decreto 571/2023 deroga el referido umbral y establece que estarán exentas:

- a) Las inversiones extranjeras directas en el sector energético, independientemente de su montante, cuando concurren los siguientes requisitos: *(i)* que las sociedades o activos adquiridos no ejerzan actividades reguladas, *(ii)* que, como consecuencia de la operación, la sociedad no adquiera la condición de operador dominante en los sectores de generación y suministro de energía eléctrica, producción, almacenamiento, transporte y distribución de carburantes o biocarburantes, producción y suministro de gases licuados del petróleo o producción y suministro de gas natural, y *(iii)* cuando la inversión extranjera suponga la adquisición de activos de producción de energía eléctrica, siempre que la cuota de potencia instalada por tecnología resultante sea inferior al 5 por ciento, y *(iv)* cuando la inversión extranjera suponga la adquisición de sociedades que ejerzan la actividad de comercialización de energía eléctrica, que el número de clientes de la sociedad adquirida sea inferior a 20.000.
- b) En todos los demás sectores estratégicos identificados en las letras b), c), d) y e) del artículo 7 bis.2 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, si la inversión extranjera directa versa sobre una sociedad cuya cifra de negocios no supere los 5.000.000 de euros en el último ejercicio contable cerrado, y siempre que sus tecnologías no hayan sido desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España.
- c) Las inversiones mediante las cuales se adquieran inmuebles que no estén afectos a ninguna infraestructura crítica o que no resulten indispensables y no sustituibles para la prestación de servicios esenciales.

- d) Las inversiones transitorias, esto es, de una corta duración (horas o días) en las que el inversor no llega a tener capacidad de influir en la gestión de la sociedad adquirida por tratarse de colocadores y aseguradores de emisiones de acciones y de ofertas públicas de venta o suscripción de acciones. Serán los inversores finales los que, en su caso, necesiten autorización.

4. RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A DETERMINADAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS PROCEDENTES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE Y DE LA AELC

La disposición transitoria única del Real Decreto-Ley 34/2020 establece, hasta el 31 de diciembre de 2024, el régimen transitorio de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas realizadas por residentes de otros países de la UE y de la AELC diferentes a España¹².

En concreto, esta norma transitoria solamente exige autorización previa a las inversiones extranjeras realizadas en los sectores enumerados en el apartado 5 del artículo 7 bis de la Ley 19/2023 y que tengan por objeto *(i)* sociedades cotizadas en España o *(ii)* sociedades españolas no cotizadas si el valor de la inversión supera los 500 millones de euros.

Así las cosas, hasta finales de 2024 se reputarán como inversores extranjeros a los efectos de este régimen transitorio aquellos inversores que residan en países de la UE o la AELC, y también los residentes en España cuya titularidad real corresponda a residentes de otros países de la UE y de la AELC (elemento subjetivo o “de residencia del inversor”)

Además, para que la inversión sea considerada extranjera a estos efectos, el inversor debe pasar a ostentar como consecuencia de la operación una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o el control de dicha sociedad de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 15/2007 (elemento objetivo o “de control”).

¹² Como ya se ha comentado, y sin perjuicio de que, naturalmente, el gobierno ejerza la potestad de prorrogar este régimen llega la fecha de su finalización, actualmente fijada el 31 de diciembre de 2024.

5. ESPECIALIDADES EN INVERSIONES EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA NACIONAL, Y LAS RELATIVAS A ARMAS, CARTUCHERÍA, ARTÍCULOS PIROTÉCNICOS, EXPLOSIVOS DE USO CIVIL U OTRO MATERIAL DE USO POLICIAL

El Real Decreto 571/2023, más allá de modificar y desarrollar el mecanismo de control del artículo 7 bis de la Ley 19/2003 como se ha visto, también ha modificado y desarrollado el mecanismo de control de inversiones extranjeras directas relativo a actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, y regula un nuevo régimen para inversiones en actividades directamente relacionadas con armas, cartuchería, artículos pirotécnicos, explosivos de uso civil u otro material de uso policial.

En cuanto a las **inversiones en el ámbito de defensa nacional**, el Real Decreto 571/2023 reza que se entenderán por tales aquellas *“que afectan a las capacidades industriales y áreas de conocimiento necesarias para proveer los equipos, sistemas y servicios que doten a las Fuerzas Armadas de las capacidades militares necesarias, así como las que se destinen a la producción (entendiendo por tal el diseño y la fabricación), el mantenimiento o el comercio de material de defensa en general”* (artículo 18.1).

En este caso, la autorización se exigirá a cualquier inversor extranjero, salvo que *(i)* la inversión en sociedades españolas no alcance el 5 por ciento del capital social de la sociedad española, siempre y cuando no permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración, y *(ii)* cuando se haya alcanzado entre el 5 y el 10 por ciento del capital social, siempre y cuando el inversor notifique la operación a la Dirección General de Armamento y Material y a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones y acompañe dicha notificación de un documento en el que se comprometa fehacientemente en escritura pública a no utilizar, ejercer ni ceder a terceros sus derechos de voto, ni a formar parte de cualesquiera órganos de administración de la sociedad cotizada.

Del mismo modo queda suspendido y requerirá autorización respecto de las inversiones extranjeras en España **en actividades relacionadas con la fabricación, comercio o distribución de armas, cartuchería, artículos pirotécnicos y explosivos de uso civil**, de acuerdo con la Ley 18/1992, de 1 de julio, lo dispuesto en el Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, y en el Reglamento de Explosivos, aprobado por el Real Decreto 130/2017, de 24 de febrero, y el Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería, aprobado por el Real Decreto 989/2015, de 30 de octubre. En ambos casos, la Resolución deberá aprobarse por el Consejo de Ministros.

6. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7 BIS DE LA LEY 19/2003

6.1. Inicio y tramitación del procedimiento de solicitud de autorización

La solicitud de autorización se dirigirá a la persona titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones de la Secretaría de Estado de Comercio (artículo 14.6 del Real Decreto 571/2023). El Real Decreto 571/2023 no establece el momento oportuno para hacerlo, pero en la mayoría de las ocasiones, al tratarse estas de negocios jurídicos de compraventa de empresas, lo cierto es que se estipulará la obtención de la autorización como condición suspensiva en el contrato previa al cierre de la operación.

En este sentido, cabe señalar que el artículo 12 del Real Decreto 571/2023 impone la obligación al notario que tenga conocimiento de que una operación de inversión exterior está sujeta a autorización previa, de informar a los solicitantes de la necesidad de obtención de la misma de acuerdo con lo previsto en la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

La solicitud deberá cumplir con todos los requisitos generales que impone la norma sobre procedimiento administrativo. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica se utiliza para solicitar la referida autorización el “Formulario para el procedimiento de escrutinio de inversiones extranjeras directas”, publicado en la web del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa, en el que se detalla la información y documentación que, paso a paso, ha de rellenarse para realizar la solicitud¹³.

La solicitud, así como las demás fases de la tramitación se deberán realizar obligatoriamente por medios electrónicos (artículo 11.5 del Real Decreto 571/2023)¹⁴.

Cabe advertir que, si la información contenida en la solicitud fuera considerada insuficiente, la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones podrá requerir al solicitante para que aporte la información adicional necesaria, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su solicitud de autorización en los términos

¹³ El referido formulario puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://comercio.gob.es/InversionesExteriores/Paginas/control-inversiones.aspx>.

¹⁴ Sobre ello se manifiesta la Exposición de Motivos del Real Decreto 571/2023, al señalar que “*en relación con los procedimientos de los artículos 9.1.a), 13, y 14, se establece la obligatoriedad de relacionarse con la Administración por medios electrónicos. Teniendo en cuenta las características propias de las operaciones de inversión que se analizan, se considera acreditado que las personas físicas intervinientes tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.*”

RÉGIMEN DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS A PROPÓSITO DEL REAL DECRETO 571/2023

previstos en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (artículos 11.3.a) y 14.7 del Real Decreto 571/2023).

Una vez se haya dictado un informe previo no vinculante de la Junta de Inversiones Exteriores, se dará por concluida la instrucción del procedimiento¹⁵. En este caso, el expediente de autorización podrá bien resolverse directamente por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones cuando el importe de la inversión sea igual o inferior a 5 millones de euros, y en los casos que la inversión supere dicha cuantía, se elevará al Consejo de Ministros para resolución (artículo 14.8 del Real Decreto 571/2023).

6.2. Resolución de la solicitud de autorización

El órgano competente según la cuantía deberá resolver en el plazo máximo de tres meses, tratándose de una decisión que podría ser denegada por silencio administrativo negativo. De requerirse información adicional por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, el cómputo de este plazo para resolver y notificar quedará suspendido (artículos 9 y 11.3.a) del Real Decreto 571/2023).

El acto administrativo resolutorio tendrá una naturaleza discrecional en la medida que el comercio exterior es una competencia estatal caracterizada más por razones de oportunidad política que puramente jurídicas. Es más, el artículo 11.2 del Real Decreto 571/2023 prevé que la autorización pueda autorizarse, con o sin condiciones (a iniciativa del órgano instructor o bien conforme los compromisos ya manifestados por el instante); denegarse, o bien archivers. En el caso de se autorice con condiciones se deberá instruir un órgano de vigilancia para hacer el seguimiento de los compromisos asumidos, así como para declarar finalizada la vigilancia.

Lo anterior tiene un efecto directo sobre el contrato celebrado entre las partes. Por ello, es aconsejable que, en la medida que las condiciones impuestas por el órgano decisor puedan resultar en un cumplimiento del contrato desproporcionalmente oneroso para una parte, se estipule en la propia condición suspensiva los remedios adecuados a tal situación.

Por otro lado, también se prevé que, en el caso de que pueda resultar de aplicación la suspensión del régimen general de liberalización a las adquisiciones derivadas de una oferta pública de compra, venta o de suscripción de acciones admitidas a negociación en un mercado regulado, la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo o la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa se lo notificará a la CNMV con el fin de que el

¹⁵ BARREDO, M. y CANSECO, O. El régimen de inversiones extranjeras: su definitiva consolidación... op. cit. pág. 21.

oferente incluya esta información en la documentación que en su caso deba difundirse en relación con la oferta (artículo 11.4 del Real Decreto 571/2023).

En todo caso, conviene advertir de que las inversiones, una vez autorizadas, deberán realizarse dentro del plazo que específicamente hubiese señalado la autorización o, en su defecto, en el plazo de seis meses. Transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá que la autorización queda sin efecto, salvo que se obtenga la prórroga a instancia de los interesados en los términos del artículo 11.1.e) del Real Decreto 571/2023.

Finalmente, una vez autorizada y ejecutada, la operación deberá de ser, a la vez, declarada conforme los cauces habituales para las inversiones extranjeras directas en España (artículos 3 de la Ley 19/2003, 5 del Real Decreto 571/2023 y 12 de la Orden ECM/57/2024).

6.3. Impugnación de la resolución de autorización

Debido a la naturaleza discrecional del acto resolutorio, el control posterior a la resolución versará únicamente sobre aspectos procedimentales, sin que una decisión de anular el acto administrativo pudiera sobreponerse a la voluntad de la Administración¹⁶.

Aun así, el artículo 11.6 del Real Decreto 571/2023 permite impugnar el acto de resolución cuando deniegue o someta la autorización administrativa a condiciones mediante recurso de reposición, o bien, directamente mediante recurso contencioso-administrativo.

6.4. Consulta voluntaria

Con el fin de generar certeza jurídica a los operadores de mercado, el artículo 9 del Real Decreto 571/2023 contiene la posibilidad de que el interesado realice una consulta voluntaria, cuyo carácter es confidencial y vinculante, ante la Administración para que, en el plazo de treinta días, y habiéndose oído la Junta de Inversiones Exteriores, resuelva la consulta. Durante dicho periodo se suspenderá la posibilidad de solicitar autorización.

¹⁶ BARREDO Y CANSECO opinan que “sin embargo, la introducción por el RD 571/2023 de criterios de necesidad y proporcionalidad en el escrutinio de las inversiones y en las medidas a tomar como consecuencia del mismo, pueden abrir la puerta a un mayor (aunque limitado) margen de análisis para los órganos jurisdiccionales que deban revisar las decisiones tomadas al respecto por la Administración” (*vid.* BARREDO, M. y CANSECO, O. El régimen de inversiones extranjeras: su definitiva consolidación... op. cit. pág. 22).

7. EFECTOS SOBRE EL NEGOCIO JURÍDICO POR CARECER DE LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

En primer lugar, y des del plano administrativo, el incumplimiento de la obligación de contar con autorización administrativa previa a la operación de inversión será constitutivo de infracción muy grave de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley 19/2003. La sanción aparejada a tal infracción podrá consistir en una multa, que podrá ascender hasta el tanto del contenido económico de la operación sin que pueda ser inferior a 30.000 euros, y en una amonestación pública o privada. Al mismo tiempo, constituirán infracciones graves la falta de declaración de operaciones cuya cuantía supere los 6 millones de euros, o bien infracciones leves en operaciones cuya cuantía no supere el referido montante. En el caso de cometerse una infracción grave, la sanción consistirá en una multa que podrá ascender hasta la mitad del contenido económico de la operación sin que pueda ser inferior a 6.000 euros, y una amonestación pública o privada. Si se incurriera en una infracción leve, la sanción consistirá en una multa cuyo monto podrá ascender hasta un cuarto del contenido económico de la operación sin que pueda ser inferior a 3.000 euros, y en una amonestación privada.

Desde la perspectiva mercantil, la omisión de contar con la autorización implica que el negocio jurídico carezca de efectos y validez hasta que no se produzca su regularización mediante la obtención de la preceptiva autorización (apartado 5 del artículo 7 bis de la Ley 19/2003). Según el artículo 11.1.a) del Real Decreto 571/2023, la omisión de obtener la autorización deriva en que no se pueda realizar el *“ejercicio de los derechos económicos y políticos del inversor extranjero en la sociedad española”*.

En relación con la anterior, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo 592/1998, de 20 de junio, que determinó que la carencia de autorización es causa de anulabilidad del negocio jurídico. En este sentido, la mencionada Sentencia, si bien resuelve sobre la adquisición de un inmueble por parte de la república de Checoslovaquia, abogó por la anulabilidad, y consiguiente subsanabilidad, de los contratos civiles sujetos a autorización administrativa previa sobre inversiones extranjeras.

El pronunciamiento convalida la resolución recurrida denegando la viabilidad de una acción de nulidad promovida por el propietario de un inmueble tras celebrar y consumir un contrato de compraventa. La Sentencia razona que ambas partes conocían plenamente que era necesaria la autorización del Gobierno español para la total eficacia del mismo y por ello estipularon expresamente en la cláusula séptima que si la Embajada compradora no lograba obtener la referida autorización administrativa, el contrato sería resuelto y el vendedor tendría que devolver a la compradora el precio de la compraventa, que había cobrado en su totalidad. La referida autorización fué concedida de forma tardía (aunque no de forma imputable a la compradora) por el Gobierno español por lo que el expresado defecto quedó subsanado y cumplido el mencionado requisito administrativo, la

pretensión de declaración de nulidad tanto radical como relativa del actor recurrente había de fenecer¹⁷.

8. CONCLUSIONES

Los Estados Miembros de la UE han comprendido que existe una necesidad de supervisar y controlar las inversiones extranjeras directas cuando se dirijan a sectores estratégicos para los intereses de la Unión o nacionales y, por ello, des de la pandemia del COVID-19 se han promulgado normas cuyo fin es establecer mecanismos de control a las inversiones que provengan de países foráneos.

En este marco, el legislador español optó por modificar la Ley 19/2003 mediante la adición del artículo 7 *bis*, trayendo consigo la suspensión del régimen de liberalización de inversiones extranjeras en España que reinaba con anterioridad para una serie de sectores y sujetos relacionados en la norma. Esta modificación ha traído consigo la promulgación del nuevo Real Decreto 571/2023, acometiendo el necesario desarrollo reglamentarito y cuyo fin es arrojar exactitud y seguridad jurídica a las previsiones de la Ley 19/2003.

Debido al fenómeno creciente de la globalización, que a su vez implica una mayor circulación de bienes y capitales, no cabe duda de que la incidencia de la nueva normativa de FDI en las operaciones de inversión, entre las cuales se encuentran las adquisiciones de empresas, marca un punto de inflexión.

De ese modo, y para aquellas inversiones que sean subsumibles régimen de suspensión de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España del artículo 7 bis de la Ley 19/2023, se establece que, para el buen fin de la operación, y con anterioridad a su ejecución, las mismas deberán ser autorizadas por el Gobierno.

Sin embargo, el loable fin de proteger a las sociedades españolas de adquisiciones sorpresivas que puedan tener móviles que no concuerden con los intereses de España, lo cierto es que la normativa, por ahora, aun engendra algunas dudas lejos de ser resueltas, tales como la concesión de la lista de sectores considerados estratégicos, si los mismos han de considerarse una lista cerrada, así como es menester qué sucede con las sociedades que, sin que sea su actividad principal, puedan subsidiaria o indirectamente actuar en uno de esos sectores.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 592/1998, de 20 de julio, número de recurso 972/1994 (ECLI:ES:TS:1998:4129).

9. BIBLIOGRAFÍA

ABELLA SANTAMARÍA, J., Inversiones extranjeras en España, Manuales Extebank, Serie Comercio Exterior, 3a edición, Banco Exterior de España, Servicio de Estudios económicos, Madrid, 1989, pp. 21- 22.

ARAGÓN ALONSO, I. “La Suspensión del Régimen de Liberalización de Inversiones o el renacer de la golden share”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2020

BARREDO, M. y CANSECO, O. El régimen de inversiones extranjeras: su definitiva consolidación mediante el desarrollo reglamentario, *Diario LA LEY*, Nº 10342, Sección Tribuna, 6 de septiembre de 2023.

BARREDO, M. y CANSECO, O. El nuevo régimen de inversiones extranjeras como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19: aspectos prácticos tras los primeros meses de aplicación y la primera reforma, *Diario LA LEY*, Nº 9760, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2020.

MIRANDA RIERA, D. “El COVID-19 y el nuevo régimen de inversiones extranjeras en España”, *El Notario del Siglo XXI*, Revista 90.

10. ANEXO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Real Decreto 571/2023, de 4 de julio, sobre inversiones exteriores (BOE núm. 159, de 05/07/2023).

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 (BOE núm. 303, de 18/11/2020).

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 (BOE núm. 91, de 01/04/2020).

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18/03/2020).

Reglamento UE 2019/452, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, que estableció un marco para la supervisión de la inversión extranjera directa por motivos de seguridad u orden público (DOUE núm. 79, de 21 de marzo de 2019).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 04/07/2007).

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 (BOE núm. 160, de 05/07/2003).

Orden ECM/57/2024, de 29 de enero, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores (BOE núm. 27, de 31/01/2024).

Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-463/00, de 13 de mayo de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España (ECLI:EU:C:2003:272).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Asunto C-106/22 (“Xella Magyarország”), de 13 de julio de 2023 (ECLI:EU:C:2023:568).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 592/1998, de 20 de julio, número de recurso 972/1994 (ECLI:ES:TS:1998:4129)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso) 750/2013, de 4 de marzo de 2013, recurso núm. 753/2011 (ECLI:ES:TS:2013:750)