

# Nueva reforma del régimen jurídico de control de inversiones extranjeras en España

20 de noviembre de 2020

El Gobierno español ha aprobado una nueva e importante reforma del régimen jurídico que establece un mecanismo de control para determinadas inversiones extranjeras directas (“IED”) en España (la “Reforma”), con motivo 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 (en vigor desde el 19 de noviembre de 2020).

Como explicábamos en una [publicación anterior](#), con la Disposición Final Cuarta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se modificó 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”), introduciendo su nuevo artículo 7 bis al objeto de suspender el régimen de liberalización para ciertas IEDs efectuadas por inversores extranjeros en sectores estratégicos (el “Mecanismo de Control”).

Posteriormente, dicho artículo 7 bis de la Ley 19/2003 fue modificado y complementado por la Disposición Final Tercera 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 virtud del cual, entre otros aspectos, se aclaraba la vocación de permanencia indefinida del Mecanismo de Control.

Las IEDs sujetas al Mecanismo de Control requerirán la autorización administrativa previa del Consejo de Ministros para su ejecución. El plazo máximo legal para resolver la solicitud de autorización es de seis meses<sup>1</sup>.

A continuación, se examinan los principales cambios que la Reforma introduce en el Mecanismo de Control, así como sus posibles implicaciones inmediatas y futuras.

## 1. Ampliación del mecanismo de control para cubrir determinadas IEDs realizadas por residentes en la UE y la AELC

La Reforma extiende el ámbito subjetivo de aplicación del Mecanismo de Control para cubrir IEDs, en los sectores estratégicos cubiertos por el Mecanismo de Control, realizadas por residentes en

<sup>1</sup> La ausencia de resolución favorable a la solicitud de autorización en el plazo de 6 meses resultará en su denegación (esto es, silencio administrativo negativo).

países de la Unión Europea (la “**UE**”) diferentes de España y de la Asociación Europea de Libre Comercio (la “**AELC**”) en relación con los dos siguientes supuestos alternativos:

a) Cuando el objetivo de las IEDs sean empresas cotizadas en España.

Se considerarán sociedades cotizadas en España a tal fin 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.

b) Tratándose de empresas no cotizadas, cuando el valor de la inversión supera los 500 millones de euros.

La Reforma precisa que el Mecanismo de Control deberá cubrir también IEDs realizadas por residentes en España cuya titularidad real corresponda a residentes de otros países de la UE y de la AELC. Se entenderá que existe esa titularidad real cuando estos residentes extranjeros (a) posean o controlen en última instancia -directa o indirectamente- un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o (b) cuando por otros medios ejerzan el control -directo o indirecto- del inversor.

Ello supone un drástico cambio conceptual sobre quién venía considerándose “*inversor extranjero*” en el sentido del Mecanismo de Control. En efecto, hasta la entrada en vigor de la Reforma, únicamente eran calificados como inversores extranjeros los residentes en países (a) fuera de la UE y de la AELC, o (b) de la UE o de la AELC cuya titularidad real corresponda en última instancia residentes de países de fuera de la UE y de la AELC (siendo la noción de titularidad real la misma que se indica en el anterior párrafo). A ellos se añaden ahora también los residentes en la UE y la AELC en los supuestos antes expuestos.

Se contempla que semejante ampliación del Mecanismo de Control en el caso de los residentes en la UE y la AELC tenga un carácter transitorio y, salvo que se apruebe otra provisión en sentido contrario, únicamente debería permanecer en vigor hasta el 30 de junio de 2021.

## 2. Remisión al concepto de control de la normativa de defensa de la competencia

Otra novedad que suscita gran interés en la Reforma es la remisión expresa al Derecho de la competencia -y, más concretamente, al artículo 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “**LDC**”)- al objeto de interpretar el concepto de “control” recogido por el Mecanismo de Control.

El concepto de control inherente al Derecho de la competencia es una figura jurídica propia y autónoma respecto del mismo término empleado en otros campos jurídicos (por ejemplo, la normativa en materia contable, según se define en el artículo 42 del Código de Comercio, o de transporte aéreo). El artículo 7.2 de la LDC define el concepto de control a efectos de determinar la jurisdicción de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “**CNMC**”) para autorizar con carácter previo la ejecución de determinadas “*concentraciones económicas*”.

Debe destacarse que el Derecho de la competencia concibe el concepto de control en un sentido sumamente amplio. De este modo, según el artículo 7.2 de la LDC, “*el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa*”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En particular, mediante:  
“a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,

La adquisición de control puede producirse por una única empresa (control exclusivo) o varias empresas conjuntamente sobre una empresa en participación (control conjunto). A su vez, dicho control puede ser positivo (por ejemplo, la posibilidad de adoptar unilateralmente decisiones sobre la estrategia competitiva de la empresa objetivo) o negativo (por lo general, mediante la posibilidad de bloquear o ejercer derechos de veto sobre decisiones estratégicas).

Resulta muy relevante que la Reforma matice que las IEDs deberán cumplir con los dos siguientes requisitos alternativos para quedar sometidas al Mecanismo de Control:

- a) Como consecuencia de la IED el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de la sociedad española; o
- b) Cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se adquiera el control de la sociedad española de conformidad con los criterios previstos por el artículo 7.2 de la LDC.

Sobre este último punto (b), en ausencia de mayores indicaciones antes de la Reforma, existía una gran incertidumbre sobre cómo debía interpretarse la referida noción de control. Para ello ciertamente no ayudaba que -sobre otra cuestión distinta- el Mecanismo de Control puntualmente estableciera que la existencia de control debía determinarse en función del artículo 42 del Código de Comercio (relativo a la consolidación de grupos de sociedades).

Con la Reforma, se elimina cualquier mención en el Mecanismo de Control al concepto de control del artículo 42 del Código de Comercio u otro *corpus* jurídico ajeno al Derecho de la competencia, zanjándose así cualquier debate mediante la inclusión como única referencia explícita al respecto del artículo 7.2 de la LDC. A nuestro juicio, el hecho de que la Reforma aclare que el concepto de control empleado por el Mecanismo de Control corresponde al existente bajo Derecho de la competencia representa un desarrollo positivo en aras de incrementar la certidumbre y seguridad jurídica de los operadores que pretendan efectuar IEDs en España.

Dicho esto, la aplicación del concepto de control configurado por el Derecho de la competencia al Mecanismo de Control plantea las siguientes cuestiones teóricas:

- a) En primer lugar, entendemos que podrían darse IEDs sujetas al Mecanismo de Control como consecuencia de operaciones mercantiles que traigan causa de la compraventa de un escaso número de participaciones (menos del 10% del capital social) o ni siquiera impliquen una adquisición de participaciones en el capital social de la empresa española.

A título ilustrativo, la adquisición de control puede materializarse sobre la base de acuerdos que reserven a los acreedores -aun sin contar con presencia en el accionariado- derechos de veto estratégicos sobre la gestión de una empresa cuyas acciones hayan sido pignoras. Cabe apreciar que este tipo de adquisiciones de control atípicas suelen producirse con mayor frecuencia en tiempos de crisis económica y respecto de empresas en situación de insolvencia.

Además, el concepto de control del artículo 7.2 de la LDC puede surgir no solo de la compraventa de acciones o pactos de socios en sociedades mercantiles españolas, sino

---

*b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa” (artículo 7.2. de la LDC). Además, como prosigue el artículo 7.2 de la LDC, “[e]n todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores” (actual artículo 5 de su texto refundido).*

también por otras vías contractuales relacionadas con activos inmateriales con acceso al mercado, cuyo sometimiento al Mecanismo de Control plantearía serias dudas.

Por ejemplo, las adquisiciones de derechos de gestión y uso en exclusiva de determinadas marcas y derechos de propiedad industrial, *know-how* o el fondo de comercio de una empresa se han considerado en algunas ocasiones concentraciones notificables ante la CNMC, sin necesidad de que se transmitan asimismo recursos humanos o bienes materiales aparejados a tales activos inmateriales.

- b) En segundo lugar, entendemos que igualmente podrían darse IEDs sujetas al Mecanismo de Control cuando, como consecuencia de una nueva inversión, un socio extranjero pase a controlar en términos del Derecho de la competencia una empresa española en la que ya poseía una participación previa superior al 10% de su capital social, pero sin conferirle este tipo control.

Dado que la interpretación del concepto jurídico de control puede ser en ocasiones algo compleja bajo Derecho de la competencia y la casuística suele jugar un papel esencial en la práctica, cabe prever que deberá atenderse en buena medida a los precedentes de la CNMC para solventar posibles dudas a la hora de interpretar el concepto de control en la aplicación del Mecanismo de Control.

Por otro lado, la Reforma alude también al concepto de control del artículo 7.2 de la LDC al modificar el supuesto de IEDs realizadas por inversores extranjeros controlados -directa o indirectamente- por un gobierno (incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas) de un tercer país (en sustitución de la anterior remisión al artículo 42 del Código de Comercio).

### 3. Aclaración de algunos aspectos del listado de sectores estratégicos

No todas las IEDs están sujetas al Mecanismo de Control, sino que ello dependerá de que la sociedad objeto de inversión desarrolle su negocio en “sectores estratégicos” relacionados con la seguridad nacional, el orden público y la salud pública (así como, en ciertas circunstancias, de las características subjetivas del inversor extranjero, con independencia del negocio de la sociedad en que invierta<sup>3</sup>).

El Mecanismo de Control contiene un listado de sectores considerados estratégicos por afectar a la seguridad nacional, el orden público y la salud pública. Por su parte, la Reforma ha introducido algunas aclaraciones en relación con los siguientes sectores estratégicos:

- a) Tecnologías críticas de doble uso: se elimina la referencia a los “productos” de doble uso y al Reglamento (CE) nº 428/2009, al que se remitía la anterior redacción para definir el concepto de referencia. Además, se añaden aquellas tecnologías clave para el liderazgo y la capacitación industrial, y tecnologías desarrolladas al amparo de programas y proyectos de particular interés para España, incluyendo las telecomunicaciones, los materiales

---

<sup>3</sup> En concreto, las siguientes IEDs 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 LDC;
- (b) si el inversor 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 sectores sujetos al Mecanismo de Control indicados en el presente apartado; y
- (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.

avanzados y los sistemas de fabricación avanzados al listado de tecnologías enumeradas hasta ahora;

- b) Suministro de insumos fundamentales: se citan expresamente los servicios estratégicos de conectividad; y
- c) 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.”

Lo anterior se añade al resto de sectores estratégicos cuya redacción no se ha visto alterada por la Reforma, a saber:

- a) Infraestructuras críticas: ya sean físicas o virtuales (incluyendo 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 claves para el uso de dichas infraestructuras, de conformidad con lo previsto por la *Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas*; y
- b) 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.

No obstante lo anterior, la Reforma sigue sin despejar determinadas dudas razonables como, entre otras, la cuestión de hasta dónde alcanza el ámbito objetivo de los sectores con acceso a información sensible o con capacidad de control sobre dicha información, ya que atendiendo a la literalidad del Mecanismo de Control -y a falta de desarrollo reglamentario- en realidad la mayoría de empresas tienen acceso y control sobre datos.

## Vigencia y futuro desarrollo

La Reforma ha entrado en vigor el 19 de noviembre de 2020 y las modificaciones del Mecanismo de Control son de carácter permanente, excepto respecto de la ampliación del Mecanismo de Control para cubrir determinadas IEDs realizadas por inversores residentes en la UE/AELC que en principio será transitoria, hasta el 30 de junio de 2021 (véase el apartado 1 *supra*).

La Reforma introduce así una serie de modificaciones necesarias de cara a la inminente aprobación de un real decreto que permitirá cerrar el Mecanismo de Control de IEDs. Se habilita así al Gobierno para desarrollar reglamentariamente las categorías de operación y los umbrales por debajo de los cuales las IED quedarán exentas del mecanismo de control<sup>4</sup>, así como para acotar la definición de los sectores estratégicos.

Asimismo, 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.

<sup>4</sup> Actualmente y hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario, el Mecanismo de Control distingue los siguientes supuestos en atención al importe de la IED: (a) para aquellas IEDs de 5 millones de euros o más, aplica el régimen “ordinario”; (b) aquellas IEDs cuyo importe sea igual o superior a 1 millón de euros e inferior de 5 millones de euros se tramitarán por el procedimiento simplificado; y (c) quedan exentas del ámbito de aplicación del Mecanismo de Control aquellas IEDs con un importe inferior a 1 millón de euros.

## Contactos

## Competencia



**Casto González-Páramo**  
Socio  
T +34 91 349 82 49  
[Casto.G-Paramo@hoganlovells.com](mailto:Casto.G-Paramo@hoganlovells.com)



**Alfredo Gómez**  
Asociado sénior  
T +34 91 349 81 50  
[alfredo.gomez@hoganlovells.com](mailto:alfredo.gomez@hoganlovells.com)

## Regulatorio



**David Antón**  
Counsel  
T +34 91 349 81 93  
[David.anton@hoganlovells.com](mailto:David.anton@hoganlovells.com)

## [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses.

The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members. For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com).

Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.

© Hogan Lovells 2020. All rights reserved.