

**ESTADO DE ALARMA Y SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE INVERSIONES
EXTRANJERAS**

Una de las medidas de desarrollo del estado de alarma decretado por el Gobierno de España mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo ("**RD de Estado de Alarma**"), que más ha llamado la atención es la contenida en la Disposición Final 4ª del Real Decreto -Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el "**RD de Medidas COVID-19**"). Dicha disposición añade un artículo 7 Bis a la Ley 19/2003, de 4 de julio, de Régimen Jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (la "**Ley de Movimientos de Capitales**").

La Ley de Movimientos de Capitales consagró en nuestro ordenamiento jurídico un principio que ya contenían los tratados comunitarios, al declarar libres en su artículo 1 "*cualesquiera actos, negocios y operaciones entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento puedan derivarse cobros y pagos exteriores (...)*". Es decir, liberalizaba como principio las inversiones extranjeras en España.

Esta liberalización, sin embargo, podía ser suspendida por el Gobierno en determinados casos, contenidos en el artículo 7 de la referida Ley, a saber "*cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, o actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública*". Tales salvaguardias, "orden público", "seguridad pública" y "salud pública", pueden llegar a alegarse incluso como diques de los estados miembros al régimen de libertades en el seno de la Unión Europea y, por tanto, resultan imprescindibles en el régimen general de transacciones con el exterior. En cualquier caso, como acabamos de ver, la excepción a la regla liberalizadora es extraordinariamente amplia, en caso de que el Gobierno desee ejercer esta potestad discrecional dentro, claro está, del respeto a los principios que informan nuestro derecho administrativo.

Pues bien, el RD de Medidas COVID-19 suspende el régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España para determinados sectores, como consecuencia de la situación excepcional y transitoria del estado de alarma mediante la introducción de un artículo 7 Bis en la Ley de Movimientos de Capitales. Tales inversiones

quedan sujetas a autorización administrativa por parte de las autoridades competentes, dependiendo del sector en el que se pretenda realizar cada inversión.

¿Qué inversiones se deben considerar suspendidas y, por tanto, no se pueden realizar?

El artículo 7 Bis de la Ley de Movimientos de Capitales define como inversiones extranjeras directas en España “*todas aquellas inversiones realizadas por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio cuando el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad*”.

Por tanto, todos aquellos inversores de fuera de la Unión Europea, Noruega, Suiza, Islandia y Liechtenstein, que quieran invertir en más de un 10% en sociedades o activos, cotizados en mercados secundarios o no, en determinados sectores, o bien participar en la gestión efectiva o control de los mencionados intereses, deberán solicitar autorización administrativa previa.

Además, quedan incluidos dentro del concepto de inversores extranjeros, aquéllos que estén controlados, directa o indirectamente por el gobierno de un tercer país (comunitario o no), o aquéllos que hayan 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 de la UE. También se incluyen inversores inmersos en procedimientos sancionadores.

¿A qué sectores afecta la suspensión?

Son aquellos sectores considerados por el Gobierno como susceptibles de afectar al orden público, la seguridad pública y la salud pública. En concreto, a grandes rasgos, los siguientes:

- 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.
- Tecnologías críticas y productos de doble uso, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de

defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.

- Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en las Leyes del Sector Eléctrico y el Sector de Hidrocarburos, o los referidos a materias primas, así como la seguridad alimentaria.
- Sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales o con capacidad de control de dicha información.
- Medios de comunicación.

¿Qué consecuencias tiene la realización de inversiones en contravención de la suspensión?

Tales operaciones carecerán de validez y efecto jurídico alguno, y se considerarán como infracciones muy graves de la Ley de Movimientos de Capital, sancionables con multas que podrán ascender hasta el importe de la operación sancionada y, como mínimo, 30.000 euros.

¿Se puede invertir libremente en los sectores no mencionados por el artículo 7 Bis de la Ley de Movimientos de Capital durante el estado de alarma?

En nuestra opinión, se pueden llevar a cabo libremente cualesquiera inversiones en sectores no suspendidos (por ejemplo, en bienes inmuebles que no sean clave para infraestructuras críticas, según lo que se menciona más arriba).

¿Qué infraestructuras cabría considerar como críticas, a efectos de la Ley de Movimientos de Capital y, por tanto, sometidas al régimen de suspensión?

Cabe notar que la suspensión se refiere no a todas las infraestructuras, sino a las “*críticas*”. A este respecto, a nuestro modo de ver cabría valorar el carácter crítico de una infraestructura si resulta esencial para que el Gobierno pueda garantizar precisamente las mencionadas salvaguardias, es decir, el “*orden público*”, la “*seguridad pública*” y la “*salud pública*”.

Como parte de este análisis en el ámbito de las infraestructuras energéticas, hay que tener en cuenta el régimen ya existente de “*conocimiento*” por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (“*CNMC*”) de las tomas de participaciones en el sector energético, que contiene la Disposición Adicional Novena de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la CNMC. Esta norma obliga a poner en su conocimiento las inversiones en actividades reguladas en los sectores eléctricos y de hidrocarburos, además de otros pocos supuestos tasados, precisamente con el fin de posibilitar las importantes tareas supervisoras de la Administración General del Estado enumeradas en los artículos 3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y 3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Además, y muy especialmente, hay que tener en cuenta el apartado 7 de tal Disposición Adicional Novena, que habilita a la Ministra de Transición Ecológica para imponer condiciones si considerase que “*existe una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente*”. Entendemos que cabe interpretar el carácter “*crítico*” a la luz de esta disposición legal, y considerar como tales aquellas infraestructuras que sean necesarias para garantizar la seguridad y calidad del suministro de forma continuada en todo nuestro territorio nacional. No en vano, el artículo 17 del RD de Estado de Alarma habilita igualmente a las autoridades competentes delegadas para adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo, así como de gas natural, de acuerdo con lo previsto en las Leyes del Sector Eléctrico y del Sector de Hidrocarburos. Al hablar de “*las medidas necesarias*”, la norma está otorgando en la práctica enormes poderes de intervención a las autoridades gubernamentales, en garantía del suministro energético.

En consideración de lo anterior, en el ámbito de la energía, si bien entendemos que cabría alegar el carácter no crítico de algunas infraestructuras siempre con la vista puesta en la

garantía de suministros, y desde luego, de infraestructuras en actividades no reguladas, el muy amplio margen de las autoridades cabría llevarlas incluso a considerar como “críticas” cualesquiera infraestructuras, de modo que la posición más prudente y conservadora es esperar a la terminación del estado de alarma para llevar a cabo inversiones como las mencionadas en la presente nota.

Pablo Echenique

Socio. Profesor de IE University

CASES&LACAMBRA

España

pabloechenique@caseslacambra.com

Tfn.: + 34. 637.017.583