



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO DE LAS TRANSACCIONES
COMERCIALES: UNA PERSPECTIVA
COMPARADA ENTRE EL DERECHO
EUROPEO Y NORTEAMERICANO.**

El control de las inversiones financieras directas
extranjeras.

Federico Pérez-Crespo Vinader

5º E-3 C

Derecho Internacional Privado

Tutora: María Salomé Adroher Biosca

Madrid

Junio 2019

RESUMEN

El fenómeno actual de la globalización y las resistencias que provoca, las modificaciones en los sujetos que están efectuando la inversión exterior – el cambio de orientación de los flujos desde los países emergentes a los desarrollados y/o con inversión soberana (por entidades controladas directa o indirectamente por Estados)- ha provocado un cambio de aproximación a los mecanismos de control de las inversiones exteriores directas –aquellas que conllevan el acceso al control de la actividad- ampliando los supuestos de control previo.

Este fenómeno se analiza examinando la regulación actual en Estados Unidos, en el Derecho Europeo y en la reforma en curso en España lo que permite poner de manifiesto una tendencia común: que el control descansa en la valoración de la inversión extranjera directa desde la óptica de la “seguridad pública”, concepto de alta plasticidad en la legislación americana y de una mayor precisión, consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito del Derecho europeo pero que siempre conlleva una apreciación caso por caso.

Finalmente, en el ámbito del Derecho Europeo se destaca la necesidad de conjugar la aplicación de la competencia exclusiva de la Unión en materia de política comercial común con el mantenimiento de la competencia de los Estados miembros en la imposición de limitaciones a la libertad de circulación de capitales si se incide en el orden o la seguridad pública, lo que se ha concretado en el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, que pretende asegurar normas de transparencia comunes en la aplicación de los regímenes estatales en un marco institucional de cooperación con la Comisión y los restantes Estados miembros.

PALABRAS CLAVE

Unión Europea, Estados Unidos, Inversiones extranjeras directas, seguridad nacional, control, sectores estratégicos.

ABSTRACT

The current phenomenon of globalization and the resistances it provokes, the modifications in the subjects that are making the foreign investment - the change of orientation of the flows from the emerging countries to the developed countries and/or with sovereign investment (by entities controlled directly or indirectly by States) - has provoked a change of approach to the mechanisms of control of the direct foreign investments -those that entail the access to the control of the activity- widening the assumptions of previous control.

This phenomenon is analysed by examining the current regulations in the United States, in European law and in the reform underway in Spain, which makes it possible to highlight a common tendency: that control rests on the assessment of foreign direct investment from the point of view of "public security", a concept of high plasticity in American legislation and greater precision, a consequence of the jurisprudence of the Court of Justice in the field of European law but which always entails a case-by-case assessment.

Finally, in the field of European law, the need to combine the application of the exclusive competence of the Union in matters of common commercial policy with the maintenance of the competence of the Member States in imposing restrictions on the free movement of capital if this has an impact on public order or security is stressed, which has been specified in Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March on the control of direct foreign investment in the Union, which seeks to ensure common rules of transparency in the application of state regimes within an institutional framework of cooperation with the Commission and the other Member States, within an institutional framework of cooperation with the Commission and the other Member States. This Regulation aims to ensure common transparency in the application of state regimes.

KEY WORDS

European Union, United States, Foreign Direct Investment, national security, control system, strategic industries.

ÍNDICE

GLOSARIO DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS:	7
INTRODUCCIÓN:	8
OBJETIVO	8
METODOLOGÍA.....	9
ESTRUCTURA	9
PARTE I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS, INFLUENCIAS Y DIFERENCIAS: ..	10
1. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE INVERSIONES DIRECTAS EXTRANJERAS	10
2. INFLUENCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE DERECHO AMERICANO Y EL EUROPEO	11
2.1. Punto de vista geopolítico:.....	11
2.2. Punto de vista político-jurídico	12
2.3. Punto de vista jurídico-económico.....	12
PARTE II. LA CUESTIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: CFIUS.....	13
3. PRIMERAS CONSIDERACIONES	13
3.1. Iniciales preocupaciones acerca de las inversiones extranjeras	13
4. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN EN IED EN ESTADOS UNIDOS: EL CFIUS.	14
4.1. <i>Comitte on Foreign Investment in the United States</i>	15
4.1.1. <i>Evolución del CFIUS, primeras modificaciones.</i>	15
4.1.2. <i>Papel de China en la influencia actual del CFIUS.</i>	17
4.1.3. <i>Proceso de revisión del CFIUS.</i>	18
PARTE III. LA CUESTIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. EL REGLAMENTO 2019/452 DE 19 DE MARZO PARA EL CONTROL DE LAS INVERSIONES DIRECTAS EN LA UNIÓN.....	21
5. LA NECESIDAD DEL REGLAMENTO Y SUS TRABAJOS PREPARATORIOS.....	21
5.1. Trabajos preparatorios. Consejo y Parlamento europeo.	22
5.2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el consejo de Europa, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones	23
6. FUNDAMENTO NORMATIVO: LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EN POLÍTICA COMERCIAL COMÚN	25
7. OBJETO: LA REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN DIRECTA	28
7.1. Determinación del concepto	28
8. COMPATIBILIDAD DE LA EXISTENCIA DE MODELOS DE CONTROL ESTATALES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA CON EL DERECHO DE LA UNIÓN	31
9. SISTEMA INSTITUCIONAL DEL REGLAMENTO	34

9.1.	El control por los Estados miembros	34
9.2.	Los mecanismos de coordinación entre los Estados miembros y la Comisión.....	36

PARTE IV. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA:

NOVEDADES TRAS LA PUBLICACIÓN DEL REGLAMENTO. ...40

10.	SITUACIÓN ACTUAL.....	40
11.	LA NORMATIVA PROYECTADA: EL NUEVO TEXTO DE REAL DECRETO DE INVERSIONES FINANCIERAS.....	43

PARTE V. RESULTADOS CONCLUSIONES Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN:48

BIBLIOGRAFÍA:51

LEGISLACIÓN:	51
JURISPRUDENCIA:.....	51
OBRAS DOCTRINALES:.....	51
OTRAS FUENTES:.....	52

Glosario de Abreviaturas y acrónimos:

AGCS: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

CFIUS: *Comitte on Foreign Investment in the United States*

CEE: Comunidad Económica Europea

COM: Comunicación Europea

FINSA: *Foreign Investment and National Security Act*

FIRRMA: *Foreign Investment Risk Review Modernization Act*

FMI: Fondo Monetario Internacional

IED: Inversiones extranjeras directas

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

OMC: Organización Mundial de Comercio

OPEP Organización de Países Exportadores de Petróleo

TCE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE: Unión Europea

Introducción:

Objetivo

El Diario Oficial de las Comunidades Europeas publicó¹ el 21 de marzo de 2019 el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (el “**Reglamento**”), en vigor a los veinte días de su publicación y aplicable a partir del 11 de octubre de 2020². Tras una tramitación ciertamente diligente³, el Reglamento marca un hito en el nuevo marco general de regulación de las inversiones extranjeras directas (**IED**) y refleja un nuevo cambio de aproximación a la cuestión no solo en Europa sino también en otras potencias internacionales (USA y Australia): control previo frente a control a posteriori/libertad.

Que sean los países tradicionalmente exportadores de capital, los desarrollados, los que se estén planteando ahora si es aceptable que elementos básicos de su economía puedan pasar a estar controlados por inversores extranjeros, especialmente cuando en algunas ocasiones estos inversores están ligados a Estados que además no comparten los principios básicos de su organización social o funcionamiento democrático (China y países del Golfo, por ejemplo) es muy significativo. Pero, además, en la Unión Europea el fenómeno quizá sea más sobresaliente. Su construcción ha descansado en gran medida en un desarrollo progresivo de sus cuatro libertades básicas entre las que la libertad de circulación de capitales ha desempeñado siempre un papel esencial.

Es en esta aparentemente paradoja donde se sitúa el Reglamento que constituye el objeto de este trabajo. La realidad a la que quiere enfrentarse, los principios a los que responde, el análisis de su contenido y el inmediato reflejo de sus consecuencias en la legislación nacional a través de la tramitación, que se encuentra en curso de un proyecto de real decreto sobre inversiones extranjeras serán objeto de exposición. Adicionalmente, se

¹ Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (Diario Oficial de la Unión Europea Serie L79 de 21 marzo de 2019)

² Artículo 17 del Reglamento (UE) 2019/452, Entrada en vigor.

³ La propuesta de reglamento se publicó el 13 de septiembre de 2017 COM (2017) 487 final, el dictamen del Comité Económico Social Europeo en el DO C 262 de 25.7.2018 p.94, el dictamen del Comité de las Regiones en el DO C247 de 13.7.2018 p. 28 y la posición del Parlamento Europeo el 14 de febrero de 2019 en primera lectura.

incluye la presentación de la situación de la materia en Estados Unidos donde la presidencia actual no ha dejado de dar novedades incluso con gran alcance en los medios⁴.

Metodología

El método utilizado descansa en la revisión de las novedades normativas en Estados Unidos y en la Unión Europea, con especial énfasis en la realidad que pretende regular, el fundamento de la actuación de las autoridades nacionales e instituciones comunitarias en la materia, en el caso particular de la Unión Europea y el contenido del control que se puede establecer en las inversiones extranjeras directas que descansa en un concepto tan difuso y moldeable como seguridad nacional u orden público.

Estructura

El trabajo se compone de cinco partes diferenciadas: la primera de ellas expone la introducción del concepto de inversión extranjera directa que posteriormente se completará en las siguientes partes, tras el análisis realizado, en las partes II y III se expondrá el estado de la cuestión tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, y como han influido uno en otro en el tema en cuestión. En la parte IV, se mencionará a partir de la nueva legislación cómo está trabajando España en implementar el nuevo Reglamento Europeo y finalmente en las conclusiones se comparará la situación actual de los regímenes sobre los que se ha centrado el estudio.

⁴ Las limitaciones a la actuación de Huawei (empresa de telecomunicaciones y telefonía móvil china) tienen su fundamento en la aplicación de las normas reguladoras de esta materia.

PARTE I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS, INFLUENCIAS Y DIFERENCIAS:

1. Introducción al concepto de inversiones directas extranjeras

Las inversiones extranjeras han estado tradicionalmente sometidas a controversia⁵. Junto a su consideración como un instrumento facilitador del desarrollo, de acceso a nuevas tecnologías y conocimiento se ha puesto en cuestión la cesión de control sobre recursos propios que puede suponer, especialmente cuando recae sobre sectores estratégicos, el incremento de la dependencia externa, el riesgo de pérdida de identidad nacional y, más recientemente, problemas de seguridad nacional. Esta tensión se refleja en la legislación en la materia que ha de conseguir un cuidado equilibrio entre el beneficio que espera conseguir el Estado que recibe la inversión y los riesgos potenciales que la inversión conllevará.

Se ha observado así un cambio radical en la aproximación a la cuestión. De la promoción a la prevención. Una creciente valoración cada vez más negativa por parte de amplios sectores sobre la globalización se extiende al libre comercio y a la libertad de circulación de capitales a los que se une un discurso sobre la seguridad que se ha ido estableciendo en muchos sectores de la realidad social y jurídica que se extiende también al ámbito de las inversiones extranjeras.

Es cierto que el fenómeno de la globalización ha descansado en la liberalización del flujo de inversiones internacionales y de la liberalización del comercio pero no es menos cierto que la corriente de inversiones también ha cambiado su dirección: de Oriente a Occidente, con China como el mayor inversor mundial y con Estados Unidos, China e India como los mayores receptores de inversión extranjera⁶. Igualmente han aparecido nuevos actores globales, multinacionales que canalizan la inversión, algunas de ellas además propiedad de Estados extranjeros o controladas por estos⁷, en un contexto también de

⁵ Esplugues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018., p. 27.

⁶ UNCTAD, *World Investment Report Investment and the Digital Economy*, p. 13. Accesible a través de https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.

⁷ “UNCTAD’s new database on State-owned MNEs shows their growing role in the global economy. About 1,500 State-owned MNEs (1.5 per cent of all MNEs) own more than 86,000 foreign affiliates, or close to

cambio sectorial de la inversión dirigida cada vez más al sector servicios. Pero además, el debate estrictamente económico se ve afectado por una realidad geopolítica compleja donde el terrorismo internacional y la preocupación por la seguridad se ha convertido en un elemento cada vez más a considerar.

Es en este marco donde se plantea el cambio de aproximación a las inversiones extranjeras que se desarrolla a continuación desde la apertura, con un control a posteriori informativo y estadístico, al examen previo bajo criterios de revisión no solo económicos sino también considerando algo tan evanescente como *sectores estratégicos y seguridad nacional*.

2. Influencias y diferencias entre derecho americano y el europeo

El propósito del trabajo es examinar la diferencias e influencias entre los regímenes americano y europeo. Para esto, RUBIO GONZALEZ⁸, señala que *“la comparativa reviste un interés particular por tres razones diferentes que van más allá del mero afán de derecho comparado”* razones de profundo calado *“geopolítico, político-jurídico y jurídico-económico”*

2.1. Punto de vista geopolítico:

La economía es una de las bases para poder explicar las diferentes disyuntivas políticas y jurídicas, es decir, es notable la influencia que hay de la economía en la seguridad del estado y la soberanía nacional. En este sentido, RUBIO GONZALEZ expone que no se puede explicar el proceso de integración europeo y su regulación acerca de las inversiones extranjeras sin las consecuencias geoeconómicas y políticas que ello comporta

10 per cent of all foreign affiliates. They announced greenfield investments accounting for 11 per cent of the global total in 2016, up from 8 per cent in 2010. Their headquarters are widely dispersed, with more than half in developing economies and almost a third in the European Union. China is the largest home economy”. UNCTAD *World Investment Report Investment and the Digital Economy*, cit. p. xi

⁸ Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*. Aranzadi, 2017 p. 126 y ss.

2.2. Punto de vista político-jurídico

Desde el punto de vista político-jurídico, las diferentes estructuras políticas que presentan tanto los Estados Unidos como la Unión Europea parecen, en un primer momento, antagónicas, aunque, sin embargo, hay diversos autores que, a pesar de la complejidad de ambas “entidades”, no dudan en explicar las similitudes entre ellas. En 1990, KOEN LENAERTS⁹, calificó la Unión como una institución bajo un modelo de federalismo integrador¹⁰, mientras que a Estados Unidos como modelo de federalismo devolutivo¹¹.

2.3. Punto de vista jurídico-económico

Desde una óptica jurídico-económico, la libre circulación de capitales es la base de la regulación de las inversiones extranjeras. Como examinaremos posteriormente, esta libertad fundamental es la que ha experimentado la evolución más rica y compleja con relación al proceso de integración europeo, “*manifestación del arte del compromiso político*”¹². Condición previa y necesaria para las demás libertades, que permite profundizar en el segundo elemento del Mercado Interior, la libre competencia, y que se encuentra en la base de la Constitución Económica de la Unión Europea¹³.

⁹ Lenaerts, K. *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*. The American Journal of Comparative Law. Vol 38. Nº2. Oxford University Press, primavera de 1990., p. 205-263.

¹⁰ Definido por él mismo como “*un orden constitucional que se esfuerza en la unidad en la diversidad entre las entidades componentes previamente independientes o relacionados de manera confederal.*” Lenaerts, K. *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*. The American Journal of Comparative Law. Vol 38. Nº2. Oxford University Press, primavera de 1990, cit., p. 206 (traducido de inglés)

¹¹ “*El federalismo devolutivo, se refiere a un orden constitucional que redistribuye los poderes de un Estado unitario con anterioridad entre sus entidades componentes; estas entidades obtienen un estatuto de autonomía en sus ámbitos de responsabilidad. La preocupación principal es la organización de la diversidad en la unidad. El sistema solo estará en equilibrio cuando el paso de un solo soberano hacia una estructura de múltiples soberanos ya no es percibido como un movimiento meramente centrífugo que amenaza a la cohesión nacional.*” Lenaerts, K. *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*. The American Journal of Comparative Law. Vol. 38. Nº2. Oxford University Press, primavera de 1990, cit., p. 206 (traducido de inglés)

¹² Hindelang, S., *The free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*. Oxford University Press. Nueva York. 2009. Citado por Rubio González, A, cit., p. 128

¹³ También en expresiones de Rubio González, A, con recogiendo citas sucesivas de HINDELANG de la obra citada.

PARTE II. LA CUESTIÓN EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA: CFIUS.

3. Primeras consideraciones

Estados Unidos, es tanto el mayor inversor extranjero directo como el mayor beneficiario de las inversiones extranjeras (en términos de países). Como todo país que quiere proteger su soberanía, intenta balancear el establecimiento de un mercado abierto para las inversiones con la protección de los intereses en seguridad nacional. Para conseguir el equilibrio, o para mantener su capacidad de decisión autónoma, ha establecido ciertas limitaciones en diversas inversiones extranjeras en sectores estratégicamente sensibles para la economía americana.

Washington ha liderado tradicionalmente los esfuerzos internacionales para derribar las barreras a los flujos de capital transfronterizos con el objetivo de ampliar las oportunidades de inversión para las empresas multinacionales de Estados Unidos y crear un sistema internacional más estable y eficiente. Estados Unidos depende en gran medida de las entradas de capital extranjero para compensar la escasez de ahorros en el país, y se ubica rutinariamente entre los destinos más favorables para los inversionistas extranjeros directos. La inversión extranjera directa desempeña un papel significativo y creciente en la economía de Estados Unidos¹⁴.

3.1. Iniciales preocupaciones acerca de las inversiones extranjeras

Las preocupaciones con respecto a las transacciones extranjeras suelen estar asociadas a fusiones y adquisiciones de empresas nacionales, más que a nuevas inversiones¹⁵. Los legisladores estadounidenses, al igual que en el resto del globo, han aprobado leyes que restringen o autorizan la revisión de acuerdos extranjeros que podrían causar una externalización significativa de trabajos, el intercambio de tecnologías sensibles o el deterioro de la infraestructura crítica. Sin embargo, muchos economistas advierten que la

¹⁴ Según un estudio del Departamento de Comercio, la inversión extranjera representa unos doce millones de puestos de trabajo en Estados Unidos, el 8,5% de la fuerza laboral total. (International Trade Administration, *New Study: How important is FDI to the U.S. economy?* Department of Commerce, United States of America, 24 febrero 2016, <https://blog.trade.gov/2016/02/24/new-study-how-important-is-fdi-to-the-u-s-economy/>)

¹⁵ Conocido como "greenfields".

imposición de gravosas restricciones a las entradas de IED podría inspirar políticas de represalia por parte de otras naciones. Para evitarlo, los 34 miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), así como doce Estados no miembros, han firmado un compromiso¹⁶ no vinculante de tratar a las empresas controladas por extranjeros en sus territorios de manera no menos favorable que a las empresas nacionales. Sin embargo, en virtud de este acuerdo, los gobiernos disponen de un margen de maniobra considerable para eximir a sectores de sus economías que se consideran esenciales para la seguridad nacional. En este sentido, Estados Unidos define infraestructura crítica como dichos sistemas y activos, bien físicos o virtuales, donde la incapacidad o destrucción de estos tenga como consecuencia un impacto negativo en la seguridad, la seguridad económica nacional, en el sistema de salud pública o en la seguridad nacional.

Los expertos en inversiones internacionales LARSON A.P. y MARCHICK, D. M., coautores de un Informe Especial del Consejo de Relaciones Extranjeras de 2006 sobre el tema, destacan que la propiedad estatal de las empresas multinacionales es a menudo benigna. Sin embargo, señalan que surgen preocupaciones *"cuando las decisiones de la empresa extranjera se convierten en una extensión de las decisiones políticas del gobierno en lugar de los intereses comerciales de la empresa"*¹⁷¹⁸.

4. Evolución de la regulación en IED en Estados Unidos: El CFIUS.

La supervisión federal de la inversión extranjera ha evolucionado con el tiempo, a menudo en respuesta a las cambiantes condiciones económicas y de seguridad.

¹⁶ National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises, <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/nationaltreatmentinstrument.htm>

¹⁷ Larson, A. P. y Marchick, D. M. *Foreign Investment and National Security: Getting the balance right*, Council on Foreign Relations, Julio 2006, <https://www.cfr.org/report/foreign-investment-and-national-security>

¹⁸ Los autores citan como ejemplo de precaución una medida del gigante energético ruso Gazprom en 2006 para cortar el suministro de gas a Ucrania, que algunos observadores occidentales consideraron una decisión políticamente motivada.

4.1. *Comitte on Foreign Investment in the United States*

El Comité sobre inversiones extranjeras en Estados Unidos, (“*Comitte on Foreign Investment in the United States*”) (en adelante, CFIUS), fue establecido en 1975¹⁹ por una orden ejecutiva del entonces presidente, Gerald Ford, con el fin de ayudar a la supervisión por parte del presidente de diversas implicaciones en seguridad nacional que puedan surgir por las inversiones extranjeras dentro de la economía estadounidense.

El Comité opera como un grupo interinstitucional dirigido por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos que criba las inversiones extranjeras a grandes firmas estadounidenses cuando hay potenciales riesgos para la seguridad nacional,. El Comité está autorizado para realizar recomendaciones al Presidente de los Estados Unidos para bloquear ciertas transacciones internacionales en negocios estadounidenses si dichas transacciones pueden ocasionar riesgos en la seguridad nacional.

4.1.1. *Evolución del CFIUS, primeras modificaciones.*

Desde su creación, el Congreso de los Estados Unidos y distintas administraciones, han introducido diversas leyes y correcciones ampliando el poder del Presidente para poder evaluar y bloquear distintas fusiones y adquisiciones de empresas estadounidenses por entidades extranjeras²⁰. La preocupación del Congreso por la toma de control de compañías norteamericanas por parte de inversores extranjeros surgió en la década de los 80 cuando posteriormente a dos operaciones²¹ por parte de inversores extranjeros, la administración Reagan, Presidente en aquel momento, no tenía clara que postura adoptar.

¹⁹ En medio de las crecientes inversiones de los miembros de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) en los Estados Unidos, que muchos políticos americanos consideraban potencialmente sospechosas.

²⁰ Esta regulación ha llevado al comité a una ampliación de la preocupación debido a los intentos por parte de diversos países de incrementar sus inversiones dentro de Estados Unidos, como es el caso de las adquisiciones japonesas en la época de los 80 provocada por la excesiva liquidez japonesa que propició el pensamiento americano de eliminación de su hegemonía económica o la actual preocupación con respecto a China.

²¹ La primera de la operación fue la OPA hostil que Sir James Goldsmith, inversor franco-británico, lanzó sobre Goodyear, empresa de neumáticos estadounidense en 1986 y el intento de Fujitsu, empresa japonesa, de tomar el control de Fairchild, fabricante de semiconductores estadounidense, finalmente Fujitsu rechazó la operación ya que los motivos políticos hacían imposible completar la operación. Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*. Aranzadi, 2017, cit., p. 64 y 65.

ÁLVAREZ²² señala que se analizó en la administración la necesidad de vetar la operación japonesa y se concluyó que las únicas posibilidades que tenía el gobierno americano era la normativa antitrust y la declaración de estado de emergencia. Ante esta apreciación, el Congreso culminó en 1988, un incremento de las facultades de revisión por el CFIUS al aprobar la enmienda Exon-Florio²³ a la Ley de Producción de Defensa de 1950²⁴. Dicha enmienda transformó a CFIUS en un poderoso organismo de revisión otorgándole autoridad de asesoramiento al Presidente y de realizar recomendaciones para bloquear una adquisición extranjera concreta, si dicha operación pudiese implicar problemas en la seguridad nacional. Sin embargo, es necesario realizar dos puntualizaciones acerca de la enmienda Exon-Florio como destaca RUBIO GONZÁLEZ²⁵: (i) el ámbito de actuación de esta enmienda es única y exclusivamente la inversión extranjera directa en Estados Unidos que venga acompañada de la toma de control de una compañía. En este sentido, “Graham y Krugman²⁶, destacan que no incluye ni la inversión en nuevas instalaciones ni la inversión de cartera ni la adquisición de un negocio de propiedad americana pero que opera por completo fuera de los Estados Unidos.” (ii) la enmienda, a pesar de que su finalidad sea examinar si pueden aparecer problemas en la seguridad nacional no da una definición legal del concepto. La enmienda simplemente identifica una serie de factores, no exhaustivos, que pueden considerarse teniendo en cuenta las necesidades en seguridad nacional, entre los cuales se encuentran, por ejemplo, la capacidad y disponibilidad de la industria nacional, la producción nacional, y los efectos potenciales de la transacción.

²² Álvarez J. E., *Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon-Florio*. Virginia Journal of International Law. Vol. 30:1. 1989., p. 56 y ss.

²³ 50 U.S. Code § 2170. Modificada con efectos de 24 de octubre de 2007, *Foreign Investment and National Security Act of 2007*. La enmienda Exon-Florio, se aprobó mediante la *Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988*, a nivel reglamentario ha sido desarrollada por la *Executive order 11858*, totalmente reformada por la *Executive Order 13456* el 23 de enero de 2008. Finalmente, respecto del procedimiento de revisión por el CFIUS, su reglamento está codificado en *31 C.F.R. Part. 800*; ha sido totalmente revisado por la regla final publicada en *73 Fed. Reg. 70702 (Nov 21, 2008)*, que entró en vigor el 22 de diciembre de 2008. Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*. Aranzadi, 2017, cit., p. 63.

²⁴ Reforma de la sección 721 de la *Defense Production Act* de 1950

²⁵ Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*. Aranzadi, 2017, cit., p. 74.

²⁶ Graham, E. M., y Krugman, P. R., *Foreign Direct Investment in the United States*. 3.ª Ed. Washington D.C. Institute for International Economics, 1995., p. 128

El proceso de CFIUS fue modificado de nuevo por la Ley de Inversión Extranjera y Seguridad Nacional de 2007 (FINSA)²⁷. Esta modificación trató de incrementar la seguridad regulatoria para evitar la incidencia política en distintas operaciones, fortaleció la revisión por parte del CFIUS, buscando un proceso de revisión mas transparente²⁸, ampliando el significado legal de "seguridad nacional" para incluir la infraestructura crítica, y exigió a CFIUS que investigara todas las operaciones de inversión extranjera en las que la entidad extranjera fuera propiedad o estuviera controlada por una potencia extranjera.

4.1.2. Papel de China en la influencia actual del CFIUS.

En los últimos años, a raíz de la creciente influencia y poder de la República Popular China, los legisladores y los funcionarios de seguridad están cada vez más preocupados por el crecimiento de las inversiones chinas en empresas estadounidenses.

El 20 de enero de 2017, se inauguró la presidencia del 45° presidente de los Estados Unidos, Donald J. Trump, sucediendo al primer presidente afroamericano, Barack Obama. El actual presidente de los Estados Unidos, famoso por sus extravagantes formas, es conocido por su mala relación con el gigante asiático. A raíz de esta mala relación y la constante inversión china en sectores tecnológicos que pueden acarrear serios problemas en el ámbito de seguridad nacional, en 2018, las agencias de inteligencia de Estados Unidos establecieron que las adquisiciones de empresas estadounidenses por parte de China constituyen una "amenaza sin precedentes" para Estados Unidos.

En respuesta a esto, el Congreso aprobó, con la posterior ratificación del presidente, la Ley de Modernización de la Revisión de Riesgos de la Inversión Extranjera (FIRRMA, *Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018*) la cual, expande la jurisdicción del CFIUS para afrontar los crecientes problemas y preocupaciones acerca

²⁷ El escándalo que propició finalmente la aprobación de la Ley surgió a raíz del intento de control por parte de una empresa con sede en Dubái, de las principales operaciones portuarias de Estados Unidos, creando la consternación en el Congreso sobre el aumento de probabilidad un nuevo ataque terrorista después de los sucesos del 11 de septiembre de 2001.

²⁸ Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*. Aranzadi, 2017, cit., p. 77.

de la seguridad nacional con respecto a las inversiones extranjeras en ciertos sectores donde tradicionalmente el comité no tenía jurisdicción.

En este sentido, FIRRMA ha sido considerada según muchos expertos, la revisión más significativa²⁹ de los poderes de la agencia desde la aprobación de la enmienda Exon-Florio en 1988 por diversos factores entre los que se encuentran:

- Amplía el alcance de las operaciones a examinar, incrementando el ámbito de actuación de CFIUS añadiendo explícitamente cuatro nuevos tipos de operaciones: (i) compra, arrendamiento o concesión por o a una persona extranjera de bienes ubicados en las proximidades de instalaciones gubernamentales sensibles; (ii) "otras inversiones" en ciertos negocios de los EE.UU. que permiten a una persona extranjera el acceso a información técnica no pública en posesión de los EE.UU. (iii) cualquier cambio en los derechos de un inversionista extranjero que resulte en el control extranjero de un negocio en los Estados Unidos o en una "otra inversión" en ciertos negocios en los Estados Unidos; y (iv) cualquier otra transacción, transferencia, acuerdo o arreglo diseñado para eludir la jurisdicción de CFIUS.
- FIRRMA desarrolla un proceso abreviado que rebaja los plazos de la revisión por parte del Comité, permitiendo al CFIUS cierta discrecionalidad para exigir a las partes que presenten una solicitud ante CFIUS antes de cerrar una operación.
- Amplía los plazos de CFIUS de 30 a 45 días y permite que una investigación se extienda por un período adicional de 15 días en circunstancias extraordinarias.
- Fortalece los requisitos sobre el uso de compromisos (acuerdos de mitigación), incluyendo la adición de planes de cumplimiento para informar el uso de dichos acuerdos.
- Otorga autoridad especial de contratación para el Comité y establece un fondo para el cobro de las nuevas tasas de archivo del CFIUS.

4.1.3. Proceso de revisión del CFIUS

El CFIUS funciona a discreción del Presidente y está presidido por el Secretario del Tesoro. Incluye a los jefes de los siguientes departamentos: Comercio, Defensa, Energía,

²⁹ Sin embargo, hay diversos escépticos que opinan contrariamente a la reforma criticando la sobrecarga a la que se ha sometido al comité y la pérdida de dinamismo del sector tecnológico.

Seguridad Nacional, Justicia y Estado, así como el representante comercial de Estados Unidos y director de la Oficina de Política de Ciencia y Tecnología. También participan otras oficinas: el Consejo de Asesores Económicos, el Consejo de Seguridad Nacional, el Consejo Económico Nacional, el Consejo de Seguridad Nacional y la Oficina de Gestión y Presupuesto. Además, el Director de Inteligencia Nacional y el Secretario de Trabajo son miembros sin derecho a voto. Antes de FIRRMA, el CFIUS revisaba solamente las inversiones extranjeras dentro de los Estados Unidos siempre que supusiera la toma de control de una empresa que operase dentro del territorio estadounidense. Con la nueva reforma expuesta previamente se expandió la jurisdicción del CFIUS para incluir también a inversiones que no provocasen la toma de control por parte extranjera.

Antes de una presentación formal y voluntaria, el Comité anima a las partes de un acuerdo que pueda tener implicaciones de seguridad a consultar con el personal de CFIUS de forma confidencial para identificar y abordar los posibles problemas. Una vez que se presenta una notificación formal, el Comité revisa la operación propuesta durante un máximo de treinta días, tiempo durante el cual puede solicitar información adicional y proporcionar información a las partes. La mayoría de los exámenes concluyen en el período inicial; los pocos que suscitan preocupación dan lugar a una segunda investigación de 45 días. CFIUS y las partes contratantes pueden negociar un acuerdo de mitigación para resolver cualquier problema de seguridad nacional. Después del período de investigación, el Comité puede hacer una recomendación adversa al presidente, quien tiene quince días para tomar una decisión. FIRRMA, aún no implementado completamente, ampliará el período de revisión inicial a cuarenta y cinco días y también requerirá presentaciones obligatorias en algunos casos.

Es importante mencionar que sólo el Presidente tiene la autoridad para bloquear³⁰ una operación, pero deben cumplirse dos condiciones de antemano: el Presidente debe tener "evidencia creíble" de que el acuerdo afectará la seguridad nacional y debe determinar que las leyes estadounidenses existentes son insuficientes para salvaguardar la seguridad nacional. Finalmente, se ha afirmado que la decisión del Presidente no es revisable por los tribunales en la medida que afectan a la seguridad nacional³¹.

³⁰ Sin embargo, esta autoridad solo se ha ejercitado en cinco ocasiones para bloquear transacciones extranjeras.

³¹ Espluges Mota, C. *El control de las inversiones extranjeras directas*, cit., p. 299.

El sistema estadounidense ha ido evolucionando a fin de cubrir cada vez más supuesto. De voluntario a necesario, de inversiones de control en EEUU a inversiones que afecten intereses americanos con una cada vez más relevancia a inversiones “soberanas”, directas o indirectas y siempre bajo el criterio de salvaguardia de la *seguridad nacional*, concepto flexible donde los haya, susceptible siempre de apreciación discrecional, caso por caso, en una decisión que, en la medida que se realiza por el Presidente, poder ejecutivo, y afecta a la seguridad nacional es difícilmente revisable por los tribunales.

PARTE III. LA CUESTIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. EL REGLAMENTO 2019/452 DE 19 DE MARZO PARA EL CONTROL DE LAS INVERSIONES DIRECTAS EN LA UNIÓN.

5. La necesidad del reglamento y sus trabajos preparatorios

El 10 de mayo de 2017, la Comisión Europea³² publicó el “Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización”³³. Se pretendía abrir un debate sobre como encauzar la globalización³⁴. Se partía de la realización de un balance sobre la globalización y sus efectos, su consideración como un fenómeno no nuevo pero que está cambiando rápidamente, como una fuerza positiva que impulsa el cambio pero al mismo tiempo que plantea retos: la distribución de sus beneficios de forma desigual, prácticas de comercio desleal, traslado de beneficios a jurisdicciones con fiscalidad reducida en lugar de tributar allí donde se producen y venden, la inmigración ilegal o su carácter de amenaza a la identidad y tradiciones propias. Todo ello suponía que la globalización tendría una apariencia muy diferente en un término tan próximo como 2025. Se sustituyen los flujos de bienes físicos por los datos y servicios, las cadenas de abastecimiento mundiales por cadenas de valor mundiales con una mayor participación de las economías emergentes y megaciudades, se dota de un papel creciente a agentes no estatales e individuos y se abren las transferencias tecnológicas en ambas direcciones. Se abren posibilidades, pero también habrá que combatir la tentación del aislacionismo o la inacción. Por ello es preciso diseñar y ejecutar la respuesta de Europa tanto en el exterior como en el interior. En el exterior, a través de la cooperación internacional, la diplomacia económica y el impulso de instrumentos para garantizar las condiciones de competencia equitativas. En el interior, a través de una mejor distribución de los beneficios y el fomento de la competitividad a largo plazo.

³² Con carácter previo hizo pública en 2010 la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Hacia una política global europea en materia de inversión internacional. COM (2010) 343 final, Bruselas 07.07.2010. Las consideraciones aquí incluidas se formularon con carácter previo al Tratado de Lisboa, con la modificación que supuso la asunción de competencias exclusivas en materia de inversiones extranjeras directas.

³³ COM (2017) 2140, Bruselas, de 10 de mayo de 2017

³⁴ Fernández Pérez, A, *Configuración de un marco europeo para el control de las inversiones extranjeras directas*, La Ley Unión Europea, nº 69, abril 2019.

Lo verdaderamente relevante es que, tras afirmar el firme compromiso de la Unión Europea con la construcción mediante la cooperación internacional de un orden comercial abierto, sostenible y justo, se afirma que no se dudará a la hora de actuar para proteger a sus ciudadanos y a su industria cuando haya países y empresas extranjeras que lleven a cabo prácticas desleales o den motivos de preocupación desde el punto de vista de la seguridad y el orden público.

5.1. Trabajos preparatorios. Consejo y Parlamento europeo.

El Consejo Europeo de junio de 2017, en sus Conclusiones³⁵, bajo el epígrafe III, Empleo, crecimiento y competitividad, incluyó, con el título *Comercio*, dos párrafos, el 16 y 17 en los que se indicaba que la UE procurará fomentar unas condiciones de competencia realmente equitativas, que respeten y promuevan las normas esenciales, particularmente, normas sociales y medioambientales, de salud, de protección de los consumidores, “*que ocupan un lugar central en el modo de vida europeo*”. Se hace un llamamiento a que se llegue a un acuerdo sobre unos “*instrumentos de defensa comercial moderna y compatibles con la OMC*”, y, esto es lo relevante, “*el Consejo Europeo acoge con agrado la iniciativa de la Comisión orientada a encauzar la mundialización y, entre otras cosas, analizar las inversiones de terceros países en sectores estratégicos dentro del pleno respeto a las competencias de los Estados Miembros*”.

En la misma línea el Parlamento Europeo³⁶ emplazó a la Comisión, a que junto con los Estados miembros controlase “*la inversión extranjera directa de países terceros de la Unión, en industrias estratégicas, infraestructuras, tecnológicas de futuro claves y otros activos importantes en interés de la seguridad y la protección del acceso a las mismas*”.

³⁵ EUCO 8/17, Nota de Transmisión de las conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo en la reunión de 22 y 23 de junio de 2017, Bruselas, 23 de junio de 2017

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo de 5 de julio de 2017, sobre la creación de una estrategia industrial ambiciosa de la Unión Europea como prioridad estratégica para el crecimiento, el empleo y la innovación en Europa.

5.2. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el consejo de Europa, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones

Con estos antecedentes, se presentó por la Comisión Europea³⁷ el 13 de septiembre de 2017 la propuesta de Reglamento³⁸ que venía acompañado de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo de Europa, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones con el título *Recibir favorablemente la inversión extranjera directa al tiempo que se protegen los intereses esenciales*³⁹ (la **Comunicación**).

En la Comunicación se parte de una constatación; la mitad de los Estados miembros de la UE aplican medidas de control de la inversión extranjera directa y se reservan la facultad de restringir las que supongan una amenaza a sus intereses esenciales, pero, aunque pueden tener una clara dimensión europea, no existe ni cooperación sistemática entre los Estados ni un planteamiento común. Por ello resulta necesario crear un marco de control en este ámbito, la inversión directa de terceros países por motivos relativos a la seguridad y orden público en la UE, un mecanismo de cooperación entre los Estados y un marco de control a nivel de la UE.

La Comunicación centra la realidad a regular. Se parte el carácter abierto de la economía de la UE⁴⁰, receptora de mayor volumen de inversión extranjera directa que Estados Unidos y China y que se he recuperado tras la crisis financiera del 2008⁴¹. Pero con dos

³⁷ Fue objeto de mención expresa por parte de Juncker en su discurso anual sobre el Estado de la Unión de 13 de septiembre de 2017: “*Quiero decirlo de una vez por todas: no somos unos defensores ingenuos del libre comercio. Europa deberá defender siempre sus intereses estratégicos. Esta es la razón por la que hoy proponemos un nuevo marco de la UE en materia de control previo a la inversión. Si una empresa pública extranjera desea comprar un puerto europeo, una parte de nuestra infraestructura energética o una empresa de tecnología de defensa, la adquisición sobre debe llevarse a cabo con transparencia, estudio y debate. Tenemos la responsabilidad política de saber lo que se cuece a nuestro alrededor, a fin de proteger nuestra seguridad colectiva en caso necesario.*” Comisión Europea- Comunicado de prensa de 14 de septiembre de 2017.

³⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea, COM (2017) 487 final. 2017/0224 (COD). Bruselas, 13 de noviembre 2017.

³⁹ COM (2017) 494 final, Bruselas, 13 septiembre 2017

⁴⁰ Conforme al índice de restricción regulatoria de inversiones extranjeras directas de la OCDE accesible en <http://www.oecd.org/investment/fdiindex.htm>.

⁴¹ En 2015 indica la Comunicación recogiendo datos de Eurostat que el volumen alcanzo casi 470.000 millones de euros más que en 2017, el nivel más alto antes de la crisis.

nuevas tendencias de inversión: un papel cada vez más importante de (i) las economías emergentes como proveedoras de inversión extranjera directa⁴² y (ii) de las *empresas públicas*, controladas/influencias por un Estado⁴³. Este doble hecho incide en la creación de un riesgo no solo para el mantenimiento de eventuales ventajas tecnológicas sino especialmente para la seguridad y orden público. Al mismo tiempo, si la economía de la UE es abierta es esencial conseguir un trato equivalente de los terceros países. Para ello, la UE negocia acuerdos bilaterales o regionales con normas vinculantes en materia de inversión extranjera directa a fin de acceder a un marco jurídico más claro⁴⁴ y al mismo tiempo, impulsa la cooperación multilateral⁴⁵ y la elaboración de normas⁴⁶.

A esta realidad se da respuesta según la Comunicación tanto a nivel de los Estados miembros⁴⁷ como al nivel de la UE. Centrándonos en este nivel, se reconocen como instrumentos tanto la obligación fundamental de que los inversores extranjeros cumplan la legislación de la UE, en particular las normas de competencia, como la existencia de otras normas relevantes sobre la seguridad de las infraestructuras de importancia estratégica y los servicios esenciales mediante, por una parte, de la definición de activos de importancia estratégica a nivel europeo⁴⁸ y por otra, a través de actos legislativos que contemplan directamente la posible titularidad extranjera⁴⁹. No obstante, la Comunicación considera necesaria acometer una cooperación más estrecha y una mejor

⁴² Lo que se muestra comparando la evolución de la cuota de Estados Unidos, del 51,3 % en 1995 al 41,4 % en 2015, de Japón del 7,7 % al 3 % en el mismo período frente a Brasil, del 0,2 % al 2,2 %, y de China, del 0,3% al 2 %. De este modo estas dos potencias emergentes se han convertido en el quinto y el sexto mayores inversores extranjeros en la UE.

⁴³ Bajo la noción de empresas públicas se plantea el concepto de inversor soberano. No es una cuestión de participación pública en el capital sino de influencia directa o indirecta del Estado por varios medios y recordemos que inversión directa es inversión de control.

⁴⁴ Y simultáneamente proteger derechos de propiedad intelectual, limitar subvenciones que distorsionan la competencia tal y como recoge la comunicación ya indicada de la Comisión sobre “Una política comercial moderna para encauzar la globalización”.

⁴⁵ El G-20 adoptó en 2016, los Principios Rectores de la Formulación de Políticas Globales de Inversiones contenidos en el Anexo III de la Declaración de la reunión de los ministros de comercio del G-20, el 9 y 10 de julio en Shanghái.

⁴⁶ El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la Organización Mundial del Comercio.

⁴⁷ Nos ocuparemos del caso de España posteriormente.

⁴⁸ Galileo, Copernicus, Eurocontrol, redes de transporte de gas y electricidad, etc.

⁴⁹ Compañías aéreas de bandera conforme al Reglamento CE 1008/2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad; normas de operadores de sistemas de electricidad o gas según las Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas y 2009/72/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; hidrocarburos conforme a la Directiva 94/22/CE sobre condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos.

coordinación entre los Estados miembros lo que requiere la adopción de medidas adicionales que han de lograr como objetivos⁵⁰:

- (i) *“Proporcionar un marco coherente para controlar las inversiones extranjeras directas en la UE por razones de seguridad u orden público, sin interferir en las prerrogativas nacionales;*
- (ii) *facilitar una colaboración estrecha y sistemática entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y la Comisión en lo que respecta al control de determinadas inversiones extranjeras directas que plantean problemas de seguridad u orden público, entre ellas la mejora del intercambio de información;*
- (iii) *aumentar la transparencia de la inversión extranjera directa que podría tener un impacto sobre la seguridad o el orden público;*
- (iv) *abordar eficazmente los casos de inversión extranjera directa que plantean problemas de seguridad u orden público en relación con proyectos o programas de interés para la Unión;*
- (v) *impedir la elusión de los mecanismos nacionales de control de la inversión extranjera directa.”*

Estos objetivos requieren, señala la Comunicación, presentar la propuesta de Reglamento, otras medidas complementarias sobre análisis de los flujos de información de inversión extranjera y la creación de un grupo de coordinación dedicado a la inversión extranjera, propuesta esta última finalmente incorporado al texto del Reglamento⁵¹.

6. Fundamento normativo: la competencia de la Unión en política comercial común

La propuesta de Reglamento se fundamenta, según expresa su Exposición de Motivos y el Reglamento conforme a su considerando 6, en la competencia exclusiva de la Unión en el ámbito de la política comercial común que incluye las inversiones extranjeras

⁵⁰ Se reproducen por su claridad los objetivos incluidos en el apartado 6.1. de la Comunicación. COM (2017) 487 final. 2017/0224 (COD). Bruselas, 13 de noviembre 2017.

⁵¹ Artículo 12 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

directas en virtud de lo previsto en el artículo 3, apartado 1 letra e)⁵² y del artículo 207 apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

No se puede olvidar que el fundamento de las competencias de la Unión Europea descansa en la atribución que hacen los Estados miembros por medio de los Tratados⁵³, por lo que las competencias son expresas y limitadas (atribuidas por los Tratados y dentro del marco en ellos expresados y deben justificarse, so pena de nulidad del acto, su motivación y base jurídica), específicas y funcionales (para la consecución del objetivo asignado) irreversibles⁵⁴ y de ejercicio efectivo como medio de desposesión efectiva de la correlativa competencia estatal.

Esta caracterización de las competencias de la UE requiere realizar algunas precisiones adicionales.

Por una parte, no es sino hasta el TFUE cuando se atribuye a la Unión la competencia exclusiva⁵⁵ en el ámbito de la política comercial común (art. 3.1 e), lo que incluye como reconoce el artículo 207 1. TFUE a las inversiones extranjeras directas⁵⁶. El objetivo de

⁵² Lo expresa el considerando 6 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁵³ La descripción de las características de las competencias procede de Mangas Martín, A. y Liñan Nogueras D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2014, p. 69 y siguientes.

⁵⁴ Salvo dejando de pertenecer a la UE, léase *Brexit*.

⁵⁵ Fernández Pérez, A., *Configuración de un marco europeo para el control de las inversiones extranjeras directas* op. cit. Destaca que, sin entrar en mayores consideraciones, recogiendo el Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia, se ha reconocido que corresponde con carácter exclusivo a la UE el comercio de bienes y de servicios, incluido el transporte y la inversión directa extranjera, mientras que son competencias mixtas las inversiones no directas y la resolución de controversias inversor-Estado. Por su parte, Espulgues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, Cit. P. 442, con cita de la misma resolución del Tribunal destaca que este ha reconocido una interpretación amplia de la competencia otorgada a la Unión en relación con la inversión extranjera directa pues “*el artículo 207.1 TFUE alude con carácter general a los actos de la Unión en materia de “inversiones extranjeras directas” sin establecer ninguna distinción en función de que se trate de actos que tengan por objeto la admisión o la protección de dichas inversiones*”.

⁵⁶ Señala el artículo 207. 1 que “*la política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión*”. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2010, (Previamente constituido como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957, modificado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2012)

esta competencia es contribuir *en el interés común al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo*⁵⁷. Sin embargo, como señala ESPLUGES MOTA⁵⁸ se trata de un diseño en proceso de construcción y su configuración final aún requerirá algún tiempo y no se prevé sencilla. Así destaca la dificultad que representa la interrelación entre el marco legal diseñado para la política comercial común en el marco de las inversiones extranjeras directas y otras áreas del Derecho de la Unión dotadas de ámbito material y personal diverso como son el derecho de establecimiento y la libertad de circulación de capitales, origen de la normativa en la materia. Adicionalmente, el artículo 207.1. TFU reconoce también que *“el ejercicio de las competencias atribuidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial común no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización”*, lo que asegura una concurrencia de actuaciones en la materia que habrá que admitir y, en su caso, coordinar.

La cuestión de la relación entre inversiones extranjeras y libertad de circulación de capitales merece una explicación mínima. Así señala RUBIO GONZALEZ⁵⁹ que el concepto de inversión extranjera directa en el Derecho originario aparece en la regulación de esta libertad fundamental y tienen su antecedente en las normas de Derecho derivado que las desarrollaban siendo además la libre circulación de capitales, la libertad fundamental que ha experimentado la evolución más rica y compleja en el proceso de integración europea. Citando a DIEZ MORENO⁶⁰, expresa que esta libertad se desarrolló con mayores dificultades, por la tensión permanente con las políticas nacionales o las políticas nacionales, por lo que requería de transferencia de soberanía en el marco del proceso de integración, pero al mismo tiempo ha pasado a ser la única libertad que está reconocida en los Tratados con respecto a terceros países⁶¹.

⁵⁷ Artículo 206 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 26 de octubre de 2010.

⁵⁸ Espulgues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, Cit., p. 441.

⁵⁹ Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*. Aranzadi, 2017, cit., p. 128 y 129.

⁶⁰ Díez Moreno, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2009, p. 595.

⁶¹ Como resultaría del artículo 56.1 de la Constitución Española según indica Rubio González.

A los efectos de este trabajo, lo relevante es que frente a normas originales del Tratado CEE de eficacia muy limitada (la libertad de circulación de capitales solo podía actuar en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común) y por ello sin eficacia directa⁶², tras el proceso de liberalización que impusieron las primeras directivas en la materia⁶³, la evolución⁶⁴ ha supuesto el reconocimiento de su efecto directo⁶⁵ y la imposibilidad de volver atrás pese a las sucesivas crisis monetarias⁶⁶. El proceso culmina, como se ha expresado, con la inclusión de las inversiones extranjeras directas en el ámbito de las Política Comercial Común. Posteriormente se volverá con la justificación de la existencia de un modelo de control estatal en este ámbito.

7. Objeto: la regulación de la inversión directa

7.1. Determinación del concepto

El Reglamento destina su regulación a la inversión extranjera directa. La inversión de cartera debe ser excluida⁶⁷. De ahí que la determinación del concepto sea relevante.

⁶² El Tribunal de Justicia negó efecto directo a la libertad de capitales del artículo 67 TCEE en la Sentencia Casati, (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 noviembre Asunto203/81), señala Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*, Cit., p. 156.

⁶³ Básicamente la Primera Directiva para la aplicación del artículo 67 del Tratado de 11 de mayo de 1960 (DO 43 de 12.7.1960) y la Directiva 63/340/CEE del Consejo, de 31 de mayo de 1963, destinada a suprimir toda prohibición u obstaculización del pago de las prestaciones cuando los intercambios de servicios estén limitados únicamente por restricciones de los pagos correspondientes (DO 86 de 10.6.1963).

⁶⁴ Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*, Op cit., p.162. Recorre la evolución en la materia mencionando como hitos decisivos, el Acta Única Europea, que mantenía la condicionalidad todavía “en la medida necesaria para”, y las Directivas 86/566/CEE del Consejo de 17 de noviembre de 1986 por la se modifica la Primera Directiva de 11 de mayo para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L 332 de 26.11.1986) y la Directiva 88/361/ CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DO L 178 de 8.7.1988).

⁶⁵ Sentencia Bordessa (Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1995 y otros C-358/93 y C-416/93).

⁶⁶ Y sin olvidar que se mantiene el artículo 65 TFUE que salvaguarda medidas adicionales que el Estado puede adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o **tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública**, que en última instancia constituyen el fundamento jurídico de los sistemas de control de inversiones nacionales como reconoce también la legislación española en los términos que luego se indican.

⁶⁷ Considerando 9 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

RUBIO GONZÁLEZ⁶⁸ destaca como si bien la clasificación de una operación determinada como inversión directa o inversión de cartera es irrelevante a los efectos de que quede protegido por la libre circulación de capitales no es irrelevante a los efectos de las excepciones que permite esta libertad. Señala que el Tribunal de Justicia⁶⁹ ha declarado que constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE, apartado 1⁷⁰, las inversiones directas en forma de participación en una empresa que confieren la posibilidad de participar de manera efectiva en su gestión y control (inversiones directas), así como la adquisición de títulos en el mercado de capitales efectuada con la única intención de realizar una inversión pero sin ánimo de influir en la gestión y el control de la empresa (inversiones de cartera). Sin embargo, cuando se acude a las excepciones a la obligación de liberalizar contenidas en el artículo 64 TFUE⁷¹, es necesario delimitar ambos conceptos.

El Fondo Monetario Internacional, en su Manual de Balanza de Pagos⁷², define la inversión extranjera directa como “*la inversión directa es una categoría de la inversión transfronteriza relacionada con el hecho de que un inversionista residente en una economía ejerce el control o un grado significativo de influencia sobre la gestión de una empresa que es residente en otra economía*”⁷³.

De este modo la distinción entre una y otra debería ser sencilla. La inversión directa persigue obtener y ejercer el control sobre la empresa adquirida o participada, sobre la

⁶⁸ Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*, cit., p.182 y siguientes.

⁶⁹ Con cita de diversas sentencias entre otras de las sentencias Trummer y Mayer, C-222/97. (Nota 203, p. 182, obra citada).

⁷⁰ Artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 56 TCE). “1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.”

⁷¹ Por su parte el artículo 64 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 57 TCE) indica como “1. Lo dispuesto en el artículo 63 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Respecto de las restricciones existentes en virtud de la legislación nacional en Bulgaria, Estonia y Hungría, la fecha aplicable será el 31 de diciembre de 1999.”

⁷² *Manual de Balanza de pagos y Posición de Inversión Internacional*. Sexta edición (MBP6). 2009, p.106. Se ha accedido a través de la página web <https://www.imf.org/es>.

⁷³ La definición de inversión directa que se recoge se indica que es la misma que se utiliza en la cuarta edición de OECD “*Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*” (*Manual de Balanza de pagos y Posición de Inversión Internacional*, Cit, p. 126).

actividad económica. La inversión de cartera únicamente se pretende obtener una retribución sobre el capital. No obstante, esta aparente claridad puede no ser suficiente para resolver casos dudosos y las consecuencias jurídicas, libertad absoluta o restricción son muy relevantes. Atender a un propósito, la posibilidad de alcanzar los objetivos empresariales, un elemento subjetivo no es operativo pues pueden no ser fácilmente constatables. Por ello es necesario confirmar el propósito con criterios objetivos: la forma en que se puede llegar a ejercer el control y, particularmente, el umbral a partir del cual se está en disposición de poder llegar a hacerlo efectivo. En cuanto a la forma, la más simple y común es la aportación de fondos propios⁷⁴. Respecto al umbral, no se puede dar una solución general pues los criterios pueden variar de una situación a otra y, de ordinario, pueden estar determinados por el Derecho de Sociedades. El Manual del Fondo Monetario Internacional menciona un 10 por ciento o más⁷⁵, pero este criterio no es concluyente y tiene más bien una finalidad estadística. En materia mercantil, se sitúan entre un 20 por ciento para ciertas fórmulas de consolidación contable, un 30 por ciento en materia de mercado de valores a efectos de control de ofertas públicas de adquisición o la mayoría efectiva del capital o derechos de voto. Por ello, se ha indicado que la cuestión debe resolverse caso por caso⁷⁶, que puede ser diferente en función de la distribución del capital y la actividad de la sociedad y que ha de permitir una aplicación coherente y coordinada de las reglas correspondientes a las diferentes libertades en juego.

⁷⁴ De ordinario mediante aportaciones al capital, aunque no cabe descartar otros mecanismos de aportación como préstamos participativos que permiten establecer relaciones destinadas a crear o mantener vínculos económicos duraderos, como recoge Rubio González, con cita de las Notas Explicativas de la Directiva 86/361/CEE (Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del Estado en los mercados de capitales globales*, cit Página 188).

⁷⁵ Apartado 6.12 del *Manual de Balanza de pagos y Posición de Inversión Internacional*. que incluye las definiciones de control e influencia y las definiciones de relaciones inmediatas o indirectas. Indica que “a) las relaciones de inversión directa inmediata surgen cuando un inversionista directo posee directamente participaciones de capital que le confieren un poder de voto del 10% o más en la empresa de inversión directa. Se considera que existe control si el inversionista directo posee más del 50% de los votos en la empresa de inversión directa. Se considera que existe un grado de influencia importante si el inversionista directo posee entre el 10% y el 50% de los votos en la empresa de inversión directa.

b) Surgen relaciones de inversión directa en forma indirecta cuando se poseen suficientes votos en una empresa de inversión directa que a su vez posee suficientes votos en otra empresa o empresas, es decir, una entidad que puede ejercer control o influencia indirectos a través de una cadena de inversiones directas.”

⁷⁶ Conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto Emerging Markets, C-190/12, citado por RUBIO GONZALEZ en la página 189, nota 225.

El Reglamento a los efectos de su aplicación incluye una definición específica. Entiende por inversión extranjera directa⁷⁷: 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. Lo que se completa también con la definición de “inversor extranjero⁷⁸”.

La definición es amplia y plantea dudas. Incluye necesariamente la inversión de control, la que habilita para la participación efectiva en la gestión o el control. Excluye a la inversión de cartera, como se ha dicho conforme al considerando 9, que podemos equiparar a la puramente financiera, pero también incluye aquella inversión que sin alcanzar el control formal, mayoría de derechos de voto o posibilidad de nombramiento a la mayoría de los miembros del órgano de administración⁷⁹, habilita para una influencia efectiva con independencia del porcentaje de participación. Nuevamente el elemento subjetivo parece ser relevante y la ausencia de un porcentaje mínimo puede permitir extender el ámbito efectivo de aplicación del Reglamento a supuestos más dudosos a decidir siempre caso por caso.

8. Compatibilidad de la existencia de modelos de control estatales de la inversión extranjera directa con el Derecho de la Unión

Puede resultar paradójico con lo afirmado respecto a la libertad de circulación de capitales y la competencia única en materia de política comercial común que el objeto del Reglamento se defina por el establecimiento de un marco de control por parte de los

⁷⁷ Artículo 2. Definiciones. 1) del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁷⁸ Artículo 2. Definiciones 2) como “*una persona física de un tercer país o empresa de un tercer país, que desee realizar o haya realizado una inversión extranjera directa.*” del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁷⁹ En la definición de control que incluye la legislación mercantil en el artículo 42 del Código de Comercio.

Estados miembros de las inversiones exteriores directas por motivos de seguridad y orden público⁸⁰.

La Comunicación por ello parte del reconocimiento de la existencia de mecanismos de control en los Estados miembros⁸¹ y de su consideración como una restricción a la libre circulación de capitales⁸² –e incluso a la libertad de establecimiento, en particular en lo que respecta a las inversiones en el seno de la Unión-. Sin embargo, reconoce que el Tratado autoriza a los Estados miembros a adoptar medias de limitación de estas libertades siempre que no sean discriminatorias por razón de nacionalidad, puedan justificarse por razones de seguridad u orden público o por razones imperiosas de interés general y respeten los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

La sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2000⁸³ (asunto C-54/99, *Association Église de scientologie de Paris*) sintetiza su posición en la materia en sus apartados 17 y 18, indicando que:

“17. A este respecto, en primer lugar, si bien, esencialmente, los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público y de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales, no obstante, en el contexto comunitario y, en particular, como excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, dichas razones deben interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad (véase, en este sentido, la sentencia de 28 de octubre de

⁸⁰ Artículo 1 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁸¹ Señala (apartado 5.1 de la Comunicación) como casi la mitad de los Estados miembros disponen de mecanismos para controlar la inversión extranjera directa como Austria, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, España y el Reino Unido y que mantienen enfoques diferentes sobre su alcance y diseño (inversiones extracomunitarias o solo comunitarias; sobre sectores estratégicos o sectores específicos definidos; sobre criterios cualitativos –control- o cuantitativos –porcentajes de derechos de voto o de capital-; por motivos de seguridad nacional, especialmente inversiones en defensa, o por motivos genéricos de seguridad y orden público).

⁸² En el marco ya apuntado del artículo 65 del TFUE.

⁸³ La sentencia es particularmente relevante al analizar el régimen de control previo de inversiones extranjeras directas establecido por Francia en virtud de la Ley 96-109, de 14 de febrero. Concluyó que no es conforme con el Derecho de la Unión, un régimen que “*se limita a definir de manera general las inversiones a las que se aplica como aquellas que puedan afectar al orden público o a la seguridad pública, de forma que los interesados no puedan conocer las circunstancias específicas en las que es necesaria una autorización previa*”.

1975, Rutili, 36/75, Rec. p. 1219, apartados 26 y 27). Por tanto, el orden público y la seguridad pública sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias Rutili, antes citada, apartado 28, y de 19 de enero de 1999, Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 21). Por otra parte, no se puede alterar la función propia de dichas razones para servir, en realidad, a fines puramente económicos (véase, en este sentido, la sentencia Rutili, antes citada, apartado 30). Además, toda persona afectada por una medida restrictiva basada en dicha excepción debe disponer de un recurso judicial (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, Rec. p. 4097, apartados 14 y 15).

18. En segundo lugar, procede señalar que las medidas restrictivas de la libre circulación de capitales sólo pueden estar justificadas por razones de orden público o de seguridad pública si son necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y sólo si dichos objetivos no pueden alcanzarse con medidas menos restrictivas (véase, en este sentido, la sentencia Sanz de Lera y otros, antes citada, apartado 23)''.

ESPLUGAS MOTA⁸⁴, resume la situación indicando que cualquier sistema en la materia debe dirigirse solo a la protección de intereses generales legítimos, debe prever periodos estrictos de ejercicio de los poderes de oposición, los bienes a que alcanza y las decisiones de gestión objeto de análisis y, ser susceptible de estar sometido a una efectiva revisión por los tribunales lo que a su vez exige contar con criterios objetivos y estables.

En cuanto al concepto de "orden público" el Tribunal de Justicia ha indicado⁸⁵ que el recurso, por parte de una autoridad nacional, al concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. En cuanto a la "seguridad pública", el término se referiría a los intereses fundamentales de un Estado miembro de mantener servicios públicos esenciales y a la salvaguarda del funcionamiento de sus instituciones. Son conceptos, por tanto, de

⁸⁴ Espulgues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, cit, p. 445 y 446.

⁸⁵ Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre C-30/77.

contenido no económico, aunque tampoco militar, y que incluirían tanto la seguridad interior como exterior de un Estado miembro⁸⁶.

Partiendo del objeto expuesto, de la competencia de la Unión en materia de política comercial común y en la responsabilidad exclusiva de los Estados miembros sobre su seguridad nacional y de su derecho a proteger sus intereses esenciales de seguridad⁸⁷ se puede abordar el análisis del contenido del Reglamento.

9. Sistema Institucional del Reglamento

9.1. El control por los Estados miembros

El Reglamento parte de la posibilidad de los Estados de mantener, modificar o adoptar mecanismos para controlar las inversiones extranjeras directas en su territorio por motivos de seguridad u orden público⁸⁸. No obliga ni a establecerlos ni a derogarlos, pero si pretende aportar seguridad jurídica a los mecanismos que existan o se puedan establecer y garantizar la coordinación y cooperación entre los Estados y con la Comisión⁸⁹.

A este fin:

- Requiere que el sistema de control sea transparente y no discriminatorio entre terceros países. Para ello, el procedimiento ha de determinar las circunstancias que deben concurrir para iniciar un control, los motivos de este y las normas de procedimiento aplicables con expresión de los plazos⁹⁰.

⁸⁶ En síntesis, de Espulgues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, cit., p. 448.

⁸⁷ Así lo indica el artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión., “*el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de que cada Estado miembro tenga responsabilidad exclusiva sobre su seguridad nacional, como dispone el artículo 4, apartado 2, del TUE, y del derecho de cada Estado miembro a proteger sus intereses esenciales de seguridad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 del TFUE*. Por su parte el artículo 1.3 destaca que *ninguna disposición del presente Reglamento podrá entenderse como limitación del derecho de cada Estado miembro a decidir si controla o no una determinada inversión extranjera directa en el marco del presente Reglamento.*”

⁸⁸ Artículo 3.1 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁸⁹ Considerando 7 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁹⁰ Artículo 3.2 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

- Ha de garantizar la protección de la información confidencial, incluida la información comercialmente sensible facilitada al Estado que realice el control⁹¹.
- Ha de garantizar la incorporación de mecanismos anti elusión⁹².
- Se ha de prever el establecimiento de un sistema de recurso contra la decisión de las autoridades nacionales⁹³ (sin determinar la naturaleza del recurso ni el órgano ante el que puede presentarse).
- Define en aras de la transparencia los factores que pueden tenerse en cuenta. Así el Reglamento⁹⁴ contempla que los Estados miembros puedan tener especialmente en cuenta: (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, en particular mediante una estructura de propiedad o una financiación significativa; (b) si el inversor extranjero ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad o al orden público en un Estado miembro, o (c) si existe un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerce actividades delictivas o ilegales.

Adicionalmente, el Reglamento⁹⁵ destaca, como circunstancia a tener en cuenta, los efectos potenciales de la inversión entre otros sobre: (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; (b) tecnologías críticas y productos de doble uso tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespacial, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías; (c) el suministro de insumos fundamentales, en particular energía o materias primas, así como la seguridad alimentaria; (d) el acceso a información sensible, en particular datos personales, o la

⁹¹ Artículo 3.4 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁹² Considerando 10 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁹³ Artículo 3.5 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁹⁴ Artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁹⁵ Artículo 4.2 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

capacidad de control de dicha información, o (e) la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación.

De esta forma, el Reglamento pretende “armonizar”, establecer un marco común, tanto sobre el procedimiento aplicable (transparente, previsible, no discriminatorio y susceptible de revisión) como sobre las materias a las que se debe extender el control (infraestructuras críticas, tecnologías críticas y de doble uso, suministros esenciales – energía, materias primas o alimentos-, datos personales y medios de comunicación –cuya libertad y pluralismo es siempre esencial en una sociedad democrática) y sobre aquellos elementos que pueden cualificar el control (especialmente su participación directa o indirecta por un Estado).

9.2. Los mecanismos de coordinación entre los Estados miembros y la Comisión

El Reglamento⁹⁶ se ocupa no solo de establecer el marco para el control de las inversiones exteriores directas sino también de prever un mecanismo de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión en la materia⁹⁷.

Contempla tres supuestos:

- (1) Un mecanismo de cooperación en relación con inversiones directas objeto de control.
- (2) Un mecanismo de cooperación en relación con inversiones directas que no son objeto de control, y
- (3) Unas reglas especiales para inversiones que puedan afectar a proyectos o programas de interés para la Unión.

En el primer caso, el artículo 6 del Reglamento prevé que por el Estado miembro que está llevando a cabo el control de la inversión exterior se comunique a los demás Estados

⁹⁶ Artículo 1.1 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

⁹⁷ El artículo 13 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, prevé adicionalmente que los Estados miembros y la Comisión cooperarán con las autoridades competentes de terceros países sobre cuestiones relativas al control de las inversiones extranjeras directas por motivos de seguridad y de orden público.

miembros y a la Comisión la información que contempla el artículo 9 del Reglamento que incluye (i) la identidad y actividad del inversor extranjero y de la empresa donde se invierte; (ii) el valor aproximado de la inversión; (iii) los Estados miembros donde el inversor y la empresa donde se invierte llevan a cabo sus actividades; (iv) la financiación de la inversión y su fuente y (v) la fecha en que se haya previsto realizar o se haya realizado la inversión. En la comunicación junto con la inclusión de una lista de los Estados miembros cuya seguridad u orden público pudiera verse afectado, se indicará si la operación está sujeta a las previsiones de la normativa de concentraciones de la Unión⁹⁸. Cualquier Estado Miembro podrá formular observaciones y la Comisión un dictamen motivado sobre si la inversión extranjera objeto de control pudiera afectar a la seguridad o al orden público en más de un Estado miembro o si dispone de información adicional. El Reglamento prevé los plazos aplicables⁹⁹ para la aplicación efectiva del procedimiento y facilita la cooperación a través de la previsión de un punto de contacto¹⁰⁰. Excepcionalmente, el Estado Miembro puede adoptar una acción inmediata anticipándose a tales plazos si su seguridad u orden público lo requieren.

En términos análogos, el artículo 7 del Reglamento prevé un mecanismo de cooperación en relación con las inversiones extranjeras que no están siendo objeto de control. De esta forma, si un Estado miembro considera que una inversión prevista o realizada en otro Estado miembro que no está siendo sometida a control en ese Estado miembro puede afectar a su seguridad u orden público o tiene información pertinente, podrá formular observaciones a ese otro Estado miembro o solicitarle información, enviando las observaciones o la solicitud a la Comisión simultáneamente para que lo comunique a los demás Estados. La misma posibilidad se atribuye a la Comisión cuando considere que la inversión en un Estado miembro que no está sometida a control pueda afectar a la seguridad o al orden público en más de un Estado miembro o tiene información pertinente.

⁹⁸ El reglamento Consejo de Europa del 20 de enero, nº 139/2004.

⁹⁹ Se prevé que la intención de formular observaciones se comunique a más tardar 15 días naturales tras la recepción de la información y que estas se lleven a cabo en un plazo máximo de 35 días naturales. En el caso de petición de información adicional el plazo será de 20 días naturales tras su recepción.

¹⁰⁰ La información, observaciones y dictámenes se transmiten a través del punto de contacto que el artículo 11 prevé se establezca en cada Estado miembro y la Comisión para la aplicación del Reglamento, proponiendo la Comisión un sistema seguro y cifrado para apoyar la cooperación directa y el intercambio de información entre los puntos de contacto.

Finalmente, el artículo 8 incluye un supuesto singular, el que la inversión extranjera directa pueda afectar a proyectos o programas de interés para la Unión, considerando como tales a aquellos que *“implican una cantidad importante o un porcentaje considerable de financiación de la Unión, o que están regulados por el Derecho de la Unión en materia de infraestructuras críticas, tecnologías críticas o insumos fundamentales que son esenciales para la seguridad o el orden público^{101 102}”*. En estos casos, si la Comisión considera que una inversión extranjera directa puede afectarlos por motivos de seguridad u orden público puede emitir un dictamen a la atención del Estado miembro en que se haya previsto o se prevea realizar tal inversión. Igualmente, en los supuestos contemplados por los artículos 6 y 7 ya expuestos, los Estados miembros pueden hacer constar este hecho en las informaciones que transmitan o las observaciones que formulen.

Los mecanismos de cooperación se complementan con la previsión del artículo 5 del Reglamento que contempla la obligación de los Estados miembros de presentar a la Comisión, antes del 31 de marzo de cada año, un informe anual que contendrá información agregada (i) sobre las inversiones realizadas en su territorio, con arreglo a la información de que dispongan, (ii) sobre las solicitudes recibidas de otros Estados miembros, y (iii) si existe mecanismo de control, sobre su aplicación. La Comisión facilitará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe anual sobre la aplicación y la ejecución del Reglamento que hará público. Por su parte, el Parlamento Europeo podrá invitar a la Comisión a una reunión de la comisión parlamentaria competente, para presentar y exponer cualquier cuestión sistémica relacionada con la aplicación del presente Reglamento.

De esta forma, se prevé un medio de conocimiento de las actuaciones efectuadas por los demás Estados Miembros y una participación informal en la decisión formulando observaciones, dictámenes o aportando información adicional sobre la incidencia de la

¹⁰¹ Artículo 8.3 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

¹⁰² El Anexo del Reglamento (UE) 2019/452 incluye una lista que puede ser actualizada por la Comisión conforme a las facultades delegadas establecidas por el artículo 16. La lista comprende al (1) los Programas europeos del GNSS (Galileo y EGNOS); 2. Copernicus; 3. Horizonte 2020; 4. Redes transeuropeas de transporte (RTE-T) 5. Redes transeuropeas de energía (RTE-E); 6. Redes transeuropeas de telecomunicaciones; 7. Programa Europeo de Desarrollo Industrial en materia de Defensa y 8. Cooperación estructurada permanente (CEP).

inversión en la seguridad u orden público de países terceros o sobre proyectos o programas de interés para la Unión.

Junto a este mecanismo, el Reglamento¹⁰³ prevé la creación de un grupo de expertos sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea¹⁰⁴ a fin de ofrecer asesoramiento y conocimientos especializados a la Comisión, continuar los debates sobre cuestiones relativas al control de las inversiones extranjeras directas, intercambiar las mejores prácticas y lecciones extraídas, así como impresiones sobre tendencias y asuntos de interés común en relación con las inversiones extranjeras directas. Por su parte, la Comisión considerará asimismo la posibilidad de recabar el asesoramiento de este grupo en lo que respecta a cuestiones sistémicas relacionadas con la aplicación del Reglamento.

¹⁰³ Artículo 12 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

¹⁰⁴ La Comunicación incluía esta actuación como una propuesta de la Comisión que no precisaba de incorporación al Reglamento. El proceso legislativo lo incorporó al texto del Reglamento.

PARTE IV. LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA: NOVEDADES TRAS LA PUBLICACIÓN DEL REGLAMENTO.

10. Situación actual

Tal y como se expuso en la introducción, el objeto del trabajo no es el estudio de la normativa de inversiones exteriores directas en España. No obstante, no podemos desconocer la incidencia del Reglamento en la normativa española atendiendo a la circunstancia de que se hizo público por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo un proyecto de real decreto de inversiones exteriores¹⁰⁵ con la finalidad de derogar el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, en cuya memoria de análisis de impacto normativo de 25 de marzo de 2019 se destaca que el proyecto incorpora disposiciones que facultan a la Dirección General de Comercio Interior a cumplir con las obligaciones emanadas del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea¹⁰⁶, norma que también se menciona en la motivación de la propuesta¹⁰⁷ y en los antecedentes legales¹⁰⁸.

Se ha indicado que España cuenta con un modelo extraordinariamente flexible en materia de inversiones extranjeras con una muy amplia liberalización¹⁰⁹ que ha determinado una muy escasa bibliografía en la última década en España en materia de inversiones extranjeras¹¹⁰. Su modelo descansa en la Ley 19/2003, de 4 de julio sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y transacciones económicas con el exterior y sobre

¹⁰⁵ Accesible a través de <https://comercio.mincotur.gob.es/es-es/Participacion/Documents/proyecto-rd-inversiones-exteriores/Proyecto-RD-Inversiones-Exteriores.pdf>. La memoria de análisis de impacto que acompaña al proyecto es accesible a través de <https://comercio.mincotur.gob.es/es-es/Participacion/Documents/proyecto-rd-inversiones-exteriores/MAIN-RD-Inversiones-Exteriores.pdf>.

¹⁰⁶ Apartado IX. Otras consideraciones de la memoria de análisis de impacto normativo. Proyecto de real decreto de inversiones exteriores de 25 marzo de 2019.

¹⁰⁷ Apartado I. Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación. 1. Motivación: *Además, incluye una disposición para evitar la elusión de la norma a través de sociedades interpuestas y ajusta la norma para contemplar el mecanismo de colaboración entre Estados miembros de la Unión Europea y la Comisión Europea, previsto en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea.* Proyecto de real decreto de inversiones exteriores de 25 marzo de 2019.

¹⁰⁸ Apartado 3. Alternativas. II Contenido y análisis jurídico 2) Análisis jurídico. 3 Proyecto de real decreto de inversiones exteriores de 25 marzo de 2019.

¹⁰⁹ Es el once país más abierto conforme al *OECD FDI Restrictiveness Index (datos 2018)* con una puntuación de 0,022 sobre una media de la OECD de 0,065, siendo el 0 el mercado más abierto y el 1 el más cerrado. Los datos resultan del acceso al <https://data.oecd.org/fdi/fdi-restrictiveness.htm> acceso el 11.06.2019.

¹¹⁰ Espulgues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, cit. p. 426 y 427, nota 1468.

determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales¹¹¹. La ley proclama con carácter general la libertad de movimientos de capitales¹¹² y por ello su artículo 1.2 señala 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.*

Por ello, al margen de las obligaciones de información (artículo 3), se recogen en los artículos 4 (*Cláusulas de salvaguardia*) y 5 (*Medidas excepcionales*), que se entienden prohibidas o limitadas “*en los términos que señalen las normas comunitarias, la realización de determinados movimientos de capitales y sus correspondientes operaciones de cobro o pago, así como las transferencias de o al exterior o las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, respecto de terceros países en relación con los cuales el Consejo de la Unión Europea, ... , haya adoptado medidas de salvaguardia*”. En ambos casos, las operaciones podrán realizarse si se dispone de autorización administrativa previa en las condiciones y a través del procedimiento establecido expresamente con silencio negativo en caso de ausencia de resolución expresa¹¹³.

El régimen se completa con la posibilidad que establece el artículo 7 de suspensión del régimen de liberalización que puede acordar el Gobierno *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 a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública.*

¹¹¹ Boletín Oficial del Estado núm. 160, de 5 de julio de 2003.

¹¹² Exposición de Motivos I, párrafo cuarto. Proyecto de real decreto de inversiones exteriores de 25 marzo de 2019.

¹¹³ Artículo 6. Proyecto de real decreto de inversiones exteriores de 25 marzo de 2019.

Las previsiones de la Ley 19/2003, se completan con lo establecido por el Real Decreto 664/1999, de abril, sobre inversiones exteriores¹¹⁴ que establece¹¹⁵ “*con carácter general, la libertad de movimientos de capitales, en la faceta de inversiones, tanto extranjeras en España, como españolas en el exterior*”. No obstante, mantiene¹¹⁶ que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de los regímenes especiales establecidos en legislaciones sectoriales específicas, y, *en particular, en materia de transporte aéreo, radio, minerales y materias primas minerales de interés estratégico y derechos mineros, televisión, juego, telecomunicaciones, seguridad privada, fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos de uso civil y actividades relacionadas con la Defensa Nacional*.

Desarrollando las previsiones de la Ley, los artículos 10 y 11 prevén los supuestos de (i) suspensión del régimen de liberación por acuerdo de Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, con carácter general o particular, y siempre que las inversiones 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 a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas¹¹⁷, y (ii) la suspensión actual del régimen respecto de las inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional, tales como las que se destinen a la producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra.

¹¹⁴ Boletín Oficial del Estado núm. 106, de 4 de mayo de 1999.

¹¹⁵ Exposición de Motivos, párrafo 10. Ley 19/ 2003 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior

¹¹⁶ Artículo 1.2. Ley 19/ 2003 de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior

¹¹⁷ No se definen con mayor precisión los supuestos. Espulgues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, cit., p. 437 señala que la referencia en la exposición de motivos al régimen previsto en lo que sería actualmente el artículo 65 TFUE permite entender que los conceptos de “orden público” y “seguridad jurídica” deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a que se ha hecho referencia con anterioridad. No obstante, también destaca que el “ejercicio del poder público” es un concepto ajeno a esta jurisprudencia que deberá interpretarse según establece la legislación española.

11. La normativa proyectada: el nuevo texto de Real Decreto de inversiones financieras

En este esquema es en el que se plantea la reforma del proyecto de real decreto de inversiones exteriores.

La Exposición de Motivos sitúa la norma proyectada en los parámetros que hemos analizado con anterioridad. Parte de los artículos 63 y 65 b) del TFUE, asume la necesidad de incorporar las mejoras en la experiencia de gestión y atiende al contenido del Reglamento. Así indica que el TFUE *prohíbe en su artículo 63 las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. Por su parte, el artículo 65.1.b) del Tratado permite a los Estados miembros establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística y también permite tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública. Dichos artículos se corresponden con los antiguos artículos 56 y 58.1.b) del Tratado constitutivo de la Unión Europea (TCE), cuyas disposiciones fueron incorporadas al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior.* Por ello, concluye situando las medidas justificadas de los artículos 4, 5, 6 y 7 a las que luego se hará referencia en el marco del artículo 65.1.b) del TFUE (antiguo artículo 58.1.b) del TCE).

Igualmente, reconoce que el Reglamento está *incardinado en el citado artículo 65.1.b del TFUE y sin perjuicio de las provisiones de los Artículos 4.2 y 346, establece un marco reglamentario para los mecanismos de control de inversiones de los Estados miembros por motivos de seguridad y orden público. También establece un mecanismo de cooperación entre los Estados Miembros y la Comisión en lo relativo a inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad y el orden público y concluye que la iniciativa comunitaria refleja la preocupación creciente en muchos países desarrollados por disponer de instrumentos de control efectivo de determinadas inversiones extranjeras con implicaciones para la seguridad y el orden público de los Estados.*

Consecuentemente, se considera necesario derogar el Real Decreto 664/1999 con el fin de adecuar el régimen de suspensión de las inversiones al nuevo contexto.

En lo que es relevante para este trabajo¹¹⁸:

1. El artículo 9 incorpora el contenido del artículo 10 del Real Decreto 664/1999. A estos efectos:
 - a. define el supuesto de hecho, la posible suspensión motivada, general o particular, del régimen de liberalización por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Industria, Comercio y Turismo y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores, cuando por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio del poder público, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas;
 - b. establece la consecuencia jurídica, la necesidad de autorización previa con silencio negativo en caso de transcurso del plazo para resolver de seis meses y la obligación de realizar la inversión en el plazo señalado en la autorización o, en su defecto, en el de seis meses caducando la autorización si no se ha llevado a cabo, salvo obtención de prórroga;
 - c. prevé, y esto es una novedad, las condiciones o medidas de mitigación del riesgo para la seguridad y el orden público detectadas que han de ser necesariamente proporcionales como, entre otras:
 - a. *El mantenimiento de actividades, capacidad industrial, investigación y desarrollo, tecnología o saber hacer asociados a la operación;*
 - b. *La integridad, seguridad y continuidad del servicio o explotación de una instalación o infraestructura, así como el cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado;*
 - c. *Restricciones o limitaciones al acceso, tratamiento, procesamiento, almacenamiento, venta o cesión, control o*

¹¹⁸ Otras modificaciones del proyecto como la eliminación de declaración previa para las inversiones procedentes de o con destino a países calificados como paraísos fiscales, la mejora de la delimitación del objeto a declarar respecto a determinadas operaciones como la reinversión de beneficios, los préstamos u otros instrumentos de deuda, la supresión de la obligación de declaración de operaciones de inversión en cartera de fondos de inversión, la flexibilización del procedimiento de autorización en inversiones en sociedades cotizadas y la previsión específica sobre operaciones materializadas mediante ofertas públicas de adquisición (OPA's) u ofertas públicas de venta (OPV), son ajenas al objeto básico de estudio.

publicación por parte del inversor a o de tecnologías o datos personales en posesión de la empresa objeto de la inversión;

- d. La cesión a terceros de actividades o partes del negocio llevadas a cabo en territorio español;*
- e. La prohibición, restricción, limitación o condicionamiento del ejercicio de derechos de voto y otros derechos políticos en la compañía adquirida por parte del inversor procedente de un país que no sea Estado miembro de la Unión Europea o la Asociación Europea de Libre Comercio;*
- f. El otorgamiento de derechos políticos especiales a accionistas públicos de la compañía objeto de la inversión, así como el nombramiento de observadores en los órganos de administración de la empresa objeto de la inversión;*
- g. El establecimiento de garantías, depósitos o fianzas con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la autorización del Consejo de Ministros, de la legislación en materia de protección de datos y de la protección de la salud pública.*

2. Los artículos 10 y 11 recogen la suspensión del régimen general de las inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional y de las actividades relacionadas con armas y explosivos de uso civil que antes aparecían reguladas conjuntamente. Lo más relevante de esta regulación es el régimen que prevé para inversiones en sociedades cotizadas siempre que no supongan intervención en la gestión. Así excepciona del régimen, al tratarse de inversiones de cartera y por tanto sin intervención en la gestión, cuando no alcancen el cinco por ciento o cuando situándose entre el cinco y el diez por ciento se notifique la operación con el compromiso fehacientemente en escritura pública de no utilizar, ejercer ni ceder a terceros sus derechos de voto, ni a formar parte de cualesquiera órganos de administración de la sociedad cotizada. Umbral objetivo y manifestación subjetiva de ausencia de intervención en la gestión tal y como se analizó al definir la inversión directa previamente.
3. El artículo 13 desarrolla las previsiones del artículo 4 del Reglamento en cuanto a ejercicio del control por España de actividades que puedan afectar a la seguridad y al orden público referidas a inversores extranjeros procedentes de países no miembros de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Señala que en para las *inversiones realizadas por titulares procedentes de países no miembros de la Unión Europea ni de la Asociación Europea de Libre Comercio, la Junta de Inversiones Exteriores podrá requerir al titular de una inversión, realizada o pendiente de su realización, una notificación de la operación acompañada de un informe explicativo de los efectos potenciales que puede tener sobre los factores que afectan a la seguridad y el orden público de acuerdo con el Artículo 4 del Reglamento.*

Pero lo más relevante es que concreta cuando la adquisición de una empresa española puede ser considerada como un riesgo para la seguridad o el orden público, partiendo traduciendo a legislación española los factores potenciales que incorporaba el artículo 4 del Reglamento:

a) Opera infraestructuras críticas, entendiendo 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) Desarrolla, modifica, controla u opera redes o sistemas de información utilizados para la provisión de los servicios esenciales y de los servicios digitales, entendiendo por tales los contemplados en el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información.

c) Lleva a cabo actividades de producción, comercialización o distribución de material, productos y tecnologías de doble uso, entendiendo por tales las contempladas en el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso.

d) Lleva a cabo actividades de seguridad privada, entendiendo por tales las contempladas en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

e) Lleva a cabo actividades de juego, entendiendo por tales las contempladas en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

f) Lleva a cabo, o existe un riesgo de que lleve a cabo, actividades relacionadas con la financiación del terrorismo, entendiendo por tales las contempladas en la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

4. Define a la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones como órgano competente para el cumplimiento de las obligaciones sobre control de inversiones extranjeras previstas en el Derecho de la Unión Europea, y
5. Finalmente, recoge el artículo 16 un mecanismo antielusión como requería el Reglamento para las inversiones indirectas¹¹⁹.

De esta forma, se lleva a cabo con prontitud la *traducción* al Derecho español del régimen previsto en el Reglamento en el marco de amplia liberalización de la que parte nuestro ordenamiento jurídico.

¹¹⁹ Señala que “cuando la realización de las operaciones implique la utilización de sociedades o entidades interpuestas con mera finalidad instrumental, la persona o entidad cuya residencia determinará la condición de inversión exterior será la que ejerza el control efectivo de la posición acreedora sobre la sociedad de capital o fondo de inversión, o del inmueble.”

PARTE V. RESULTADOS CONCLUSIONES Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN:

Las conclusiones de lo examinado podrían ser las siguientes:

1. La inversión extranjera directa se mantiene como un fenómeno en expansión si bien con algunas novedades relevantes en cuanto a los sujetos que intervienen (países emergentes y entidades controladas por Estados) o el sector al que se dirigen (servicios frente a industria). Estas circunstancias, unidas a una preocupación, por no decir rechazo, a la globalización y a los riesgos que conlleva, a cambios geoestratégicos vinculados a la consolidación de nuevas potencias (básicamente, China) han llevado a un replanteamiento de la posición de los Estados sobre las inversiones extranjeras y, en particular sobre las que se pueden considerar inversiones directas.
2. La inversión extranjera directa se ha definido como aquella que persigue obtener y ejercer el control sobre la empresa adquirida o participada. Por ello, puede requerir una decisión caso a caso atendiendo tanto a criterios objetivos (porcentaje de la empresa adquirido) como subjetivos (voluntad de alcanzar y ejercer el control).
3. La preocupación generada en los países más desarrollados, tradicionalmente los impulsores de la libre circulación de capitales y de fomento del comercio internacional, esta llevando a la consolidación de sistemas de control ex ante de la inversión extranjera que sustituyen o complementan a sistemas de libertad o con un control a posteriori básicamente estadístico.
4. Esta preocupación y evolución es evidentemente constatable en los ejemplos analizados: USA y la Unión Europea, si bien presentan tanto elementos comunes como singulares.
5. En USA, el sistema ha ido evolucionando desde un control voluntario a uno necesario, desde un control de inversiones que suponen toma de control en USA a uno que afecta a intereses americanos, con preocupación singular por actuaciones de inversores soberanos o controlados por estos (China), en sectores cada vez más amplios (que permita acceso a información técnica no disponible o a activos estratégicos) y que se valora atendiendo a criterios de seguridad nacional, concepto básicamente moldeable

caso a caso. Finalmente se decide por una autoridad, el Presidente a través de una decisión difícilmente revisable por los tribunales.

6. La Unión Europea no ha permanecido ajena a la evolución expuesta. Ha manifestado explícitamente la necesidad de afrontar los riesgos de la globalización y la necesidad de que se adopten medidas a nivel europeo.
7. La aplicación de esta nueva aproximación al fenómeno de la inversión extranjera conforme al Derecho comunitario presenta una respuesta singular pues debe hacerse compatible la competencia exclusiva de la Unión sobre la política comercial común con el respeto a la libre circulación de capitales y la posibilidad de adopción de medidas por los Estados en la materia en aras a garantizar la seguridad y el orden público.
8. Es en este contexto donde se sitúa el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión que parte de la admisión de mecanismos de control de los Estados miembros respecto a las inversiones exteriores que puedan afectar a la seguridad y orden público.
9. El Reglamento intenta *armonizar* las normas de los Estados Miembros estableciendo en aras de transparencia criterios en cuanto a procedimiento, factores a considerar, mecanismos anti-elusión y diseñando un mecanismo de cooperación institucional tanto entre los Estados miembros como con la Comisión a la que se dota de especial relevancia cuando la inversión exterior pueda afectar a “proyecto o programa de interés para la Unión”.
10. Frente al sistema americano con mayor flexibilidad para la definición del concepto de seguridad nacional, los sistemas europeos han de partir de un concepto común de seguridad y orden público acuñado y revisado por el Tribunal de Justicia. Igualmente, las decisiones podrán ser objeto siempre de impugnación con un alcance superior al previsto en USA, sin perjuicio de los perfiles abiertos que estos conceptos siempre presentan.
11. Finalmente, el Derecho español ha recogido la novedad que representa el Reglamento y está tramitando un proyecto de real decreto en la materia del que se ha dado cuenta en cuanto a su contenido esencial.

Las futuras líneas de investigación podrían alcanzar el estudio comparado más detallado de la incidencia que el Reglamento tiene o puede tener en los diferentes regímenes de los

Estados de la Unión así como la incidencia que los nuevos estándares de control de inversiones exteriores tiene en los acuerdos internacionales sobre política comercial común que lleve a cabo la Unión Europea y, en su caso, su extensión a otros instrumentos multilaterales en la materia (OMC).

Bibliografía:

Legislación:

- Constitución Española
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)
- Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento y del Consejo de 19 de marzo, de Control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (Diario Oficial de la Unión Europea Serie L79 de 21 marzo de 2019)
- 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. Boletín Oficial del Estado núm. 160, de 5 de julio de 2003.
- Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, de inversiones exteriores. Boletín Oficial del Estado núm. 106, de 4 de mayo de 1999.
- Enmienda Exon-Florio, 50 U.S. Code § 2170, aprobada mediante el *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988.

Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 noviembre Asunto 203/81, Sentencia Casati
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1995 y otros C-358/93 y C-416/93. Sentencia Bordessa
- Conclusiones del Abogado General Mengozzi en el asunto *Emerging Markets*, C-190/12
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de octubre C-30/77.

Obras Doctrinales:

- Díez Moreno, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2009
- Esplugues Mota, C., *El Control de las inversiones extranjeras directas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2014, p. 69 y siguientes.

- Rubio González, A., *Inversión extranjera, soberanía económica y seguridad nacional. Intervención y participación del estado en los mercados de capitales globales*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.
- *Manual de Balanza de pagos y Posición de Inversión Internacional*. Sexta edición (MBP6). 2009
- Graham, E. M., y Krugman, P. R., *Foreign Direct Investment in the United States*. 3.ª Ed. Washington D.C. Institute for International Economics, 1995

Otras fuentes:

- Fernández Pérez, A, Configuración de un marco europeo para el control de las inversiones extranjeras directas, La Ley Unión Europea, nº 69, abril 2019.
- Graham, E. M. and Marchich, D. M. *US National Security and Foreign Direct Investment*. Peterson Institute for International Economics. Mayo 2006,
- Lenaerts, K. Constitutionalism and the Many Faces of Federalism. The American Journal of Comparative Law. Vol 38. Nº2. Oxford University Press. Primavera de 1990, p. 205-263.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*. COM (2010) 343 final, Bruselas 7 de Julio de 2010
- Comisión Europea. Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización”. COM (2017) 2140, Bruselas, 10 de mayo de 2017
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo de Europa, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones *Recibir favorablemente la inversión extranjera directa al tiempo que se protegen los intereses esenciales*. COM (2017) 494 final. Bruselas, 13 de septiembre de 2017.
- Comisión Europea – Comunicado de Prensa *Paquete sobre comercio: La Comisión Europea propone un marco para el control de las inversiones extranjeras directas*, Estado de la Unión, Bruselas, 14 septiembre 2017
- Comisión Europea - Comunicado de Prensa, *La UE revisa las relaciones con China y propone 10 acciones*, Unión Europea, Bruselas, 12 marzo 2019.

- European Commission, *Foreign Direct Investment – An EU Screening framework, State of the Union*, Bruselas, 2017
- OECD *FDI Restrictiveness Index (datos 2018)* accessible <https://data.oecd.org/fdi/fdi-restrictiveness.htm>
- Proyecto de Real Decreto de Inversiones Exteriores <https://comercio.mincotur.gob.es/es-es/Participacion/Documents/proyecto-rd-inversiones-exteriores/Proyecto-RD-Inversiones-Exteriores.pdf>.
- Comisión Europea, *Documento de reflexión sobre el encauzamiento de la globalización*. Bruselas. Unión Europea. 10 de mayo 2017, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_es.pdf
- Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa, Control de las inversiones: se alcanza un acuerdo político en la UE. Bruselas. Unión europea, 20 de noviembre de 2018, <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/11/20/screening-of-investments-political-agreement-reached-on-an-eu-framework/>
- Agencia EFE, (*Trump anuncia un plan para frenar la inversión china en tecnología americana*). La Vanguardia, 27 de junio 2018, <https://www.lavanguardia.com/economia/20180627/45440071206/estados-unidos-china-tecnologia-donald-trump.html>
- Masters, J. and McBride, J., *Foreign investment and U.S. National Security*. Council on foreign relations, 28 de Agosto 2018 <https://www.cfr.org/backgrounder/foreign-investment-and-us-national-security>
- Simon Posen, A. *How Trump is repelling foreign investment, the long-term cost of economic nationalism*. Foreign Affairs, 23 de julio 2018, <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2018-07-23/how-trump-repelling-foreign-investment>
- International Trade Administration, Tradeology, the official blog of ITA, *New Study: How important is FDI to the U.S. economy?* Department of Commerce, United States of America, 24 febrero 2016, <https://blog.trade.gov/2016/02/24/new-study-how-important-is-fdi-to-the-u-s-economy/>

- Larson, A. P. y Marchick, D. M. *Foreign Investment and National Security: Getting the balance right*, Council on Foreign Relations, Julio 2006, <https://www.cfr.org/report/foreign-investment-and-national-security>
- Álvarez J. E., *Political Protectionism and United States International Investment Obligations in Conflict: The Hazards of Exon-Florio*. Virginia Journal of International Law. Vol. 30:1. 1989
- UNCTAD, *World Investment Report Investment and the Digital Economy*, p. 13. Accesible a través de https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2017_overview_es.pdf
- Memoria de Análisis de Impacto Normativo del proyecto de real decreto de inversiones exteriores accesible a través de <https://comercio.mincotur.gob.es/es-es/Participacion/Documents/proyecto-rd-inversiones-exteriores/MAIN-RD-Inversiones-Exteriores.pdf>.