

ADIÓS A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE INVERSIONES...
¿SÓLO EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS?*

*GOOD BYE TO THE FREE CIRCULATION OF FOREIGN
INVESTMENTS... ONLY IN TIMES OF CORONAVIRUS?*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 614-623



Carlos
ESPLUGUES
MOTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de mayo de 2020
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: Las inversiones extranjeras están siendo objeto de una aproximación más cautelosa y crítica en los últimos años en gran número de países. Una posición que se refleja en su régimen jurídico y se manifiesta, entre otros extremos, en el diseño de mecanismos de control previo con base en su eventual contrariedad con la seguridad nacional del país receptor. La pandemia del COVID-19 no ha hecho sino acentuar esta tendencia. La posición mantenida por la UE al respecto, y la suspensión de la libre circulación de inversiones decidida por el Gobierno español son manifestaciones de ello que, todo apunta, han venido para perdurar.

PALABRAS CLAVE: Inversiones extranjeras; libre circulación de inversiones; control de las inversiones extranjeras; Unión Europea; España; seguridad nacional, COVID-19.

ABSTRACT: *In recent years, foreign investment is subject to a more cautious and critical approach in many countries. This attitude is reflected in its regulation and in the growing design of screening mechanisms on national security grounds. The COVID-19 pandemic has accelerated this trend. The position adopted by the EU and the suspension of the free circulation of investments approved by the Spanish Government reflect also this attitude. The issue now is to know whether they are transitory or will remain once the pandemic is over.*

KEY WORDS: *Foreign investment; free circulation of foreign investment; screening of foreign investment; European Union; Spain; national security; COVID-19.*

1. Desde finales de los ochenta del siglo pasado la inversión extranjera ha sido bienvenida en la mayoría de los Estados, valorándose como un elemento de estabilidad y paz superior a la actividad comercial. Ello ha favorecido su crecimiento incesante hasta bien entrada la primera década del Siglo XXI, a la vez que ha permitido consolidar cambios importantes en el entorno en que se producen.

Así, el origen de los flujos inversores ha variado, difuminando de forma tajante la tradicional distinción entre países emisores de inversión –los más desarrollados- y los receptores de aquellas –los emergentes o menos desarrollados-. El destino de la inversión se ha visto igualmente alterado: si en la década de los 70 del siglo pasado, al sector servicios llegaba tan sólo al 25% del global inversor, 3 décadas más tarde recibe cerca de dos tercios de éste. A la vez que se ha consolidado la presencia de actores que actúan de manera global, y que, significativamente, además de no encontrarse exclusivamente vinculados, como antaño, a los países desarrollados son, en algunas ocasiones, propiedad de Estados extranjeros o aparecen controladas por éstos, generando dudas sobre la transparencia y objetivos de su gestión, y sus condiciones de actuación.

2. A este novedoso panorama se le añade ahora un dato adicional. La globalización, al igual que el libre comercio y la libertad de circulación de capitales e inversiones, es objeto hoy de críticas por parte de amplios sectores de la sociedad en muchos lugares del planeta.

En el caso concreto de las inversiones extranjeras, la positiva actitud mantenida hacia ellas en los últimos años coexiste, en estos momentos, con un creciente recurso a ideas que tienden a limitarlas, o al menos a condicionarlas, y que se proyectan en el carácter progresivamente restrictivo de las regulaciones nacionales en la materia. Sobre todo, en relación con las inversiones que tienen su origen en ciertos países –fundamentalmente la República Popular China (RPC)-, se dirigen a sectores punteros de la industria –robótica, inteligencia artificial, biomedicina...- o buscan controlar determinados recursos –energía, medios de comunicación, recursos naturales... - del país de recepción de la inversión.

3. Este movimiento involutivo respecto de las inversiones foráneas, además, se produce en multitud de Estados. Con independencia de su grado de desarrollo

• **Carlos Esplugues Mota**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult, LL.M (Harvard), MSc (Edinburgh), Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia. Correo electrónico: carlos.esplugues@uv.es

y localización, muchos de ellos cuestionan hoy sus ventajas, impugnando su marco normativo, y optando por soluciones unilaterales de marcada naturaleza nacionalista tendentes a controlarlas.

Un número creciente de naciones, incluidas las más desarrolladas, está reevaluando los costes y los beneficios que les reporta la inversión foránea, y comienzan a concluir que no toda ella es necesariamente positiva para sus economías, o para la promoción de sus intereses como Estado. Planteándose, igualmente, si es aceptable que elementos básicos de su actividad económica, o industrias de gran relevancia, puedan ser controlados por inversores extranjeros, en algunos casos vinculados a naciones que no necesariamente comparten sus principios sociales, económicos o, incluso, democráticos, y que, en ocasiones, pueden actuar por criterios meramente políticos o geoestratégicos, y no estrictamente comerciales o económicos.

4. El elenco de instrumentos diseñados en el plano comparado para el control de las inversiones extranjeras es muy plural, y responde a enfoques bien diversos. La prohibición, total o parcial, de acceso de las inversiones extranjeras en ciertos sectores sensibles de la economía y la defensa nacional resulta la restricción más obvia de todas las posibles. A ella se une el mantenimiento de monopolios estatales como forma de preservar algunos sectores de la economía, o empresas, considerados críticos o estratégicos para el Estado frente a la inversión extranjera, la presencia de restricciones de participación empresarial en concretas áreas, así como la exigencia de registro obligatorio, o la imposición de distintas condiciones de conducta futura de la empresa controlada por el inversor foráneo.

Sin embargo, el factor que califica al momento presente es el creciente diseño de mecanismos de verificación previa –*screening*– de ciertas inversiones extranjeras, atendiendo estrictamente a su potencial riesgo para la seguridad nacional, el orden público o los intereses esenciales de seguridad, y nociones similares, del Estado receptor. Instrumentos acotados en su objetivo que, de partida, no suelen mermar el apoyo de los países que los adoptan a la idea de libre circulación de inversiones. El objetivo no es cerrar la puerta a las inversiones sino, gráficamente, “entornarla”. Estos mecanismos se articulan sobre criterios diferentes, pero comparten la misma idea de proveer al Estado con un instrumento eficaz para proteger distintas empresas o sectores económicos de una inversión extranjera que, por sus características, se entiende que puede generar riesgos para sus intereses nacionales.

En línea con este pensamiento, un grupo importante de naciones, algunas con largas tradiciones de apertura hacia la inversión extranjera –entre otras, Alemania,

Estados Unidos, el Reino Unido, la RPC y ahora, también, España- han reformado, en tiempos recientes, sus normativas en la materia, diseñando instrumentos de distinta naturaleza, filosofía y alcance para el control y prevención, con carácter previo, de algunas propuestas inversoras potencialmente riesgosas para su seguridad nacional. Incluso la Unión Europea (UE), un espacio especialmente abierto a la inversión, ha aprobado en 2019 el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (DO L 79, de 21.3.2019) destinado a proteger los activos críticos europeos frente a inversiones que serían perjudiciales para los intereses legítimos de la Unión, o de sus Estados miembros.

5. Los mecanismos de *screening* de las inversiones extranjeras han sido considerados compatibles con el Derecho Internacional. En este sentido, la imposición de limitaciones a la entrada de inversiones extranjeras en un concreto país, incluso cuando se dirige exclusivamente hacia ciertos inversores o grupos de inversores, fue en su día entendida como compatible con las obligaciones derivadas del GATT. De esta suerte, en 1984, en el caso de *Canada – Administration of the Foreign Investment Act* (L/5504-3 30S/140, párs. 5.18 y 6.2), se avaló el mecanismo canadiense que sometía la aceptación de la inversión extranjera a la obligación del inversor de exportar una cierta cantidad o proporción de su producción.

También en el específico marco de la UE se ha avalado la compatibilidad de estos sistemas nacionales con los artículos 63 y 65.3 TFUE siempre, eso sí, que, como apunta la STJUE de 1 de octubre de 2009, en el asunto C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07 (ECLI:EU:C:2009:593), “esté fundada en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que establezcan suficientemente los límites de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales” (pár. 39). Y que el sistema diseñado asegure ciertos principios básicos que le permitan satisfacer altos estándares de calidad en términos de previsibilidad, transparencia y proceso debido. Lo que se traduce en la exigencia de que cualquier modelo que se articule venga exclusivamente dirigido a la protección de intereses generales legítimos, disponga de períodos estrictos para el ejercicio de los poderes de oposición a la inversión prevista y permita una efectiva revisión por los tribunales de la decisión adoptada (STJUE de 14 de marzo de 2000, en el asunto C-54/99, *Église de scientologie*, párs. 21 y 22, ECLI:EU:C:2000:124)

6. Esta percepción cautelosa de las inversiones extranjeras, plasmada en el diseño de mecanismos de control previo, se ve ahora drásticamente incrementada por la crisis del COVID-19, que está afectando de manera dramática al planeta,

y cuyo polimorfo impacto queda todavía lejos de ser plenamente estimado. Ello se observa con especial claridad en la Unión Europea y, también, en España. Las soluciones pergeñadas son diversas, atendida la diferente base normativa existente en una y otra realidad, pero comparten la misma filosofía de prevención hacia la inversión foránea.

7. La crisis del coronavirus de 2020 ha impactado de forma brutal en las diversas economías de la UE, y ha puesto en alerta a la Comisión Europea respecto de los flujos de inversión extranjera de carácter “predatorio”, poniendo de manifiesto la urgente e ineludible necesidad de controlarlos en estos tiempos de pandemia. Aunque aparentemente focalizado en el sector de la salud, la Comisión es plenamente consciente de que la volatilidad, o la infravaloración, de los mercados de valores europeos derivada de la crisis puede generar el peligro de que determinados activos estratégicos “cruciales para la seguridad de Europa” al formar “parte de la columna vertebral de su economía y, por consiguiente, de su capacidad para recuperarse rápidamente” sean objeto de compras “predatorias” por parte de inversores extranjeros que aprovechen esta situación (Comisión Europea. Comunicación de la Comisión. Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas) (2020/C 99 I/01), DO C 99, de 26.3.2020, p. 2 y Anexo núm. 4, p. 5, respectivamente).

Se destaca, así, que la sempiterna apertura de la UE a la inversión extranjera debe compensarse con instrumentos de control adecuados de los flujos inversores que eviten tales adquisiciones y, con ello, la pérdida del control europeo de ciertas industrias críticas. Tal como precisa la propia Comisión, en estos momentos resulta imprescindible “mantenerse vigilantes para garantizar que tales inversiones extranjeras directas no tengan efectos perjudiciales en la capacidad de la UE para cubrir las necesidades sanitarias de sus ciudadanos”, una posibilidad que tendría consecuencias muy negativas para estos y, también, para la Unión en su conjunto. En consecuencia, la Comisión “insta” a los Estados miembros a “estar alerta y utilizar todos los instrumentos de que dispongan a nivel nacional y de la Unión para evitar que la actual crisis provoque una pérdida de activos y tecnología esenciales” (Ibid., p. 1).

Respecto de los países europeos que ya cuentan con un modelo de *screening* de las inversiones extranjeras directas, esta exigencia de vigilancia se traduce en el requerimiento de que los utilicen “plenamente desde ahora... con el fin de tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el

suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos, como se prevé en el marco jurídico de la UE" (Ibid., p. 2). Procediendo, consecuentemente, a "valorar el impacto real o potencial de esas inversiones en la salvaguardia de los mencionados intereses públicos (por ejemplo, si pueden dar lugar a una dependencia excesiva de los inversores extranjeros de terceros países para la prestación de suministros o servicios de carácter esencial)." (Ibid., Anexo 4, p. 5). En relación con aquellos Estados miembros que no cuenten con este tipo de mecanismos, se les insta a "que utilicen todas las demás opciones disponibles para abordar los casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pueda suponer un riesgo para la seguridad o el orden público de la UE, incluido un riesgo para las infraestructuras sanitarias esenciales y el suministro de insumos críticos" (Ibid., p. 2).

Se trata, en suma, de que todos, la Comisión y los Estados, se muestren especialmente vigilantes para evitar "que la crisis sanitaria actual resulte en la venta masiva de empresas y operadores industriales europeos, incluidas pymes" (Ibid., Anexo, núm. 1, p. 3). Y redunde, con ello, en la pérdida de músculo económico y empresarial del viejo continente.

8. El impacto del COVID-19 en la aproximación a, y regulación de, la inversión extranjera se hace igualmente patente en España. La plana aceptación de la libre circulación de inversiones extranjeras en nuestra normativa no impide al gobierno establecer distintos condicionantes y limitaciones de ésta, que pueden llegar, como ahora ha ocurrido, a la suspensión, global o particular, del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras en España (art. 7 Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, BOE de 5.7.2003, y art. 10.I RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, BOE de 4.5.1999).

En este sentido, y a pesar de que el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 13.3.2020) no hace mención alguna a la normativa europea en este punto, la revisión del modelo español de inversiones extranjeras que articula, debe analizarse en el marco de esta necesidad urgente de proteger determinados ámbitos críticos de la economía nacional, no sólo los relacionados con la salud, de la posibilidad de ser adquiridos por inversores extranjeros, aprovechando la situación de emergencia económica generada por la crisis del coronavirus. Y, también, de manera más amplia, como reflejo del proceso más global de aproximación crítica a las inversiones extranjeras, que encuentra en el

aumento de los sistemas nacionales de *screening* de las inversiones foráneas una de sus manifestaciones más notorias.

9. Hasta marzo de 2020 España ha contado con un modelo extraordinariamente flexible en materia de inversiones extranjeras. No obstante, la situación de emergencia económica creada por la crisis del COVID-19 ha llevado al Gobierno español a suspender el régimen de liberalización de éstas, introduciendo un requisito de autorización previa en ciertos casos.

El Real Decreto-ley 8/2020 inserta un nuevo artículo 7bis en la Ley 19/2003. El precepto tiene como objetivo evitar las posibles compras predatorias por parte de inversores extranjeros, privados o soberanos, de empresas españoles que actúan en sectores estratégicos. Adquisiciones facilitadas por las importantes pérdidas que la crisis sanitaria está causando en la valoración de las empresas cotizadas, y por la falta de liquidez que otras no cotizadas están igualmente sufriendo. Escasamente dos semanas después de su incardinación en la Ley 19/2003, este precepto ha visto ampliado su ámbito de aplicación, y añadido un procedimiento abreviado de autorización, por el RD-L 11/2020 de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1.4.2020).

El precepto prevé diversas situaciones. Así, en primer lugar, el numeral 3 del artículo 7bis suspende el régimen de liberalización, de forma automática, cuando el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país. Así como cuando ha realizado inversiones o ha participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, o se le ha abierto un procedimiento administrativo o judicial en otro Estado miembro, en el Estado de origen, o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales.

Junto a ello, el numeral 1 del artículo 7bis procede a suspender el régimen de liberalización respecto de las inversiones extranjeras directas superiores a 1 millón de euros (DT segunda.3 RD-L 11/2020) que permitan al inversor extranjero pasar a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de la sociedad española, o les faciliten participar de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad. Siempre, eso sí, que la inversión extranjera se realice por residentes de países de fuera de la UE y de la AELC, o por residentes de países de la UE o de la AELC cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de ellas. Esto es, que posean o controlen, directa o indirectamente, un

porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor, o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de aquel.

Adicionalmente a este requisito de control, estas sociedades españolas objeto de la inversión deben realizar actividades en ciertos sectores estratégicos listados de forma no exhaustiva en el numeral 2 del artículo 7bis, en línea con lo recogido en el artículo 4 del Reglamento 2019/452 de 19 de marzo de 2019: infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales, tecnologías críticas, y productos de doble uso, suministro de insumos fundamentales, en particular energía, sectores con accesos a información sensible, en particular, acceso a datos personales o con capacidad de control de dicha información y medios de comunicación.

La suspensión del régimen de liberalización implica el sometimiento de la eventual inversión a autorización previa, diseñándose en la Disposición transitoria segunda del RD-L 11/2020 un procedimiento simplificado transitorio para aquellas propuestas inversoras no superiores a 5 millones de euros, o que se acredite que existían antes de marzo de 2020. La no obtención de tal autorización determina que la inversión carezca de validez y efectos jurídicos en tanto no se produzca su legalización (art. 7bis.5.11 Ley 19/2003). A la vez que puede dar lugar a una infracción muy grave y a las oportunas sanciones de acuerdo con lo prevenido en la nueva redacción de los artículos 8 y 12 Ley 19/2003.

10. La suspensión del régimen de liberalización en España se presentaba, de partida, como meramente temporal. No obstante, la derogación del apartado 6 del artículo 7bis por el RD-L 11/2020 parece dotarle ahora de un cierto halo de permanencia. Qué ocurra en la UE es algo todavía por escribir. Sin embargo, los rápidos movimientos de la Comisión reflejan un cambio de actitud hacia cierta inversión extranjera que, al igual que otras muchas realidades generadas o favorecidas por la actual pandemia, han venido para permanecer.

