

# Libre circulación de inversiones en la Unión Europea en tiempos de COVID-19<sup>1</sup>

## *Free movement of foreign investment in the European Union in times of COVID-19*

CARLOS ESPLUGUES MOTA<sup>2</sup>

Trabajo recibido el 11 de mayo de 2020 y aprobado el 25 de mayo de 2020

### Resumen

Las inversiones extranjeras han fluido como nunca durante las últimas décadas, en el marco de una aceptación generalizada de sus beneficios. Esta situación, sin embargo, comienza a alterarse de forma acelerada en múltiples lugares del planeta. La presencia de un entorno geoestratégico más complejo y la aproximación crítica de muchos Estados hacia la globalización y lo que ella significa, está consolidando una visión más cautelosa hacia la libre circulación de inversiones extranjeras que, entre otros efectos, se plasma en la elaboración de normativas más restrictivas.

La Unión Europea es un espacio económicamente integrado, muy abierto a las inversiones extranjeras y dotado además, de una política comercial común —todavía en construcción— que incluye a aquellas no es ajena a estos movimientos. Un espacio en el que, sin embargo, es igualmente patente el aumento del recurso a los mecanismos de *screening* de las inversiones extranjeras, constituyendo un síntoma adicional del momento de cambio que vive el Derecho de las inversiones internacionales, en un contexto de creciente cautela respecto de ellas.

---

<sup>1</sup> Artículo elaborado en el marco del Proyecto Prometeo GVA 2018/111.

<sup>2</sup> Profesor Dr. h.c. mult. LLM (Harvard), MSc (Edinburgh). Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Valencia. Correo: carlos.esplugues@uv.es

La pandemia del COVID-19, con sus devastadores efectos económicos y sociales, introduce un elemento de tensión adicional a la materia en la UE. La necesidad de preservar sectores estratégicos de la economía europea choca con el principio de libre circulación de inversiones extranjeras que ha caracterizado a la Unión desde sus inicios, planteando dudas y premoniciones, sobre el futuro que viene. O que, quizás, ya está aquí.

### **Palabras clave**

Inversiones extranjeras - control de las inversiones extranjeras- Unión Europea- seguridad nacional-COVID-19.

### ***Abstract***

*International investment flows have grown steadily since 1990, among a global acceptance of their benefits. However, this situation is changing sharply. Globalization and foreign investment are under siege, and a more cautious approach to both of them is ascertainable in many places. Among other consequences, this leads to the enactment of more restrictive regulations towards them.*

*The European Union is an economically integrated space, extremely open to foreign investment. Since 2009, the Common Commercial Policy embodies foreign direct investment. Nevertheless, the consolidation of this new policy coexists with the development of screening mechanisms of foreign investment on national security grounds. Some European countries have developed them, and the European Union, itself, also enacted a Regulation on this topic in March 2019.*

*The COVID-19 pandemic, with its devastating economic and social effects, introduces an additional element of tension in this topic in the EU. The need to preserve strategic sectors of the European economy collides with the principle of free movement of foreign investment that has characterized the Union since its inception, raising doubts and premonitions about the future to come on this area... A future, that, perhaps, is already here.*

### ***Key words***

*Foreign investment- screening of foreign investment-European Union-national security- COVID-19.*

## **1. Libre comercio y libre circulación de inversiones: dos paradigmas de la neo-modernidad sometidos a presión**

Desde finales de los ochenta, 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.<sup>3</sup> Ello ha favorecido su crecimiento por encima del comercio internacional o el PIB desde 1970.<sup>4</sup> Y se ha reflejado en un aumento incesante de los flujos de inversión extranjera directa (IED) hasta bien entrado el primer decenio del siglo XXI: los US\$50 millardos alcanzados a comienzos de 1980 se multiplicaron por cuatro en diez años, hasta los US\$200 millardos de 1990, consiguiéndose un record histórico de US\$1.833 millardos en 2007, un 30% más que el año anterior.<sup>5</sup>

Sin embargo, esta línea continua ascendente se vio profundamente afectada desde ese año. La aguda crisis financiera iniciada en 2008 incidió drásticamente en la actividad económica mundial, siendo necesario esperar casi una década—hasta 2016, en que se alcanzaron US\$1.75 billones de inversiones extranjeras—para volver a lograr una cifra similar a la de 2007.<sup>6</sup> Lejos de estabilizarse, además, la consolidación de posturas de nacionalismo económico y el correlativo incremento de las tensiones comerciales, unido a las incertidumbres en las políticas económicas<sup>7</sup> han motivado que los volúmenes de flujos inversores no hayan hecho más que reducirse desde entonces: US\$1,5 billones en 2017 y US\$1,3 billones en 2018, un 13% menos que el año anterior, y en línea con lo alcanzado en 2019.<sup>8</sup>

En paralelo a todas estas fluctuaciones, el incremento en las magnitudes globales de inversión desde finales de 1980 ha venido acompañado de cambios de calado en el entorno que acompaña.<sup>9</sup> En primer lugar, su origen se ha modificado drásticamente en estos años, 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—. Hoy, algunas economías emergentes siguen siendo receptoras

<sup>3</sup> DIXIT (2011) p. 193.

<sup>4</sup> ROSECRANCE Y THOMPSON (2003) p. 384.

<sup>5</sup> UNCTAD, (2008) p.16.

<sup>6</sup> UNCTAD, (2015) p. 25.

<sup>7</sup> CHOW, SHELDON Y MCGUIRET (2019) pp. 2147-2153.

<sup>8</sup> UNCTAD, (2019) p. 2.

<sup>9</sup> ESPLUGUES (2018) pp. 19-27.

de capital foráneo, a la vez que juegan un papel destacado en el campo de las inversiones extranjeras. El supuesto de la República Popular China (RPC) es paradigmático en este sentido: en 2016 ocupó el tercer lugar como país receptor de inversiones con US\$139 millardos<sup>10</sup> ocupando el segundo puesto como emisor mundial de flujos de inversión, y pasando a ser el segundo en ambos vectores dos años más tarde. O el primero si se le suma Hong Kong.<sup>11</sup>

Junto al aumento constante de los tráficos inversores mundiales se ha producido una alteración importante en su distribución sectorial. Si en la década de los 70 del siglo xx, la inversión en el sector servicios llegaba tan solo al 25% del global inversor, tres décadas más tarde supone cerca de dos tercios de éste. Habiéndose generado, además, un robustecimiento importante de la inversión proveniente de economías menos desarrolladas y emergentes en sectores clave, como la energía o las telecomunicaciones.<sup>12</sup>

A su vez, el auge de la inversión extranjera se vincula a la aparición y consolidación de actores que funcionan de manera global. Las denominadas empresas multinacionales se presentan en la actualidad como vehículos trascendentales para el desarrollo de las transacciones económicas internacionales, canalizando gran número de las operaciones de inversión internacional.<sup>13</sup> Significativamente, estas sociedades ya no se encuentran exclusivamente vinculadas, como antaño, a los países desarrollados. Además, algunas de estas sociedades son propiedad de Estados extranjeros o aparecen controladas por éstos, generando dudas que afectan, de forma creciente, a la posición mantenida por algunos países receptores de inversión respecto de ellas, y de su regulación.<sup>14</sup>

Las dudas sobre su gestión con base en criterios estrictamente económicos, sobre la ausencia de condiciones de igualdad con el resto de operadores económicos o del ofrecimiento de reciprocidad real para los inversores extranjeros en el territorio de los Estados que controlan tales empresas, condiciona cualquier aproximación a ellas. Además, estos recelos se reputan no solo de

---

<sup>10</sup> UNCTAD, (2017) p. 3.

<sup>11</sup> UNCTAD, (2019) p. 4.

<sup>12</sup> SAUVANT, MASCHECK Y MCCALLISTER (2010) p. 5.

<sup>13</sup> NOVIK (2015) p. 5; PÁEZ, p. 30.

<sup>14</sup> ESPLUGUES (2018) pp. 183-184 y 218-219.

las empresas estatales sino también, de otras entidades soberanas no menos relevantes como son los fondos soberanos.<sup>15</sup>

Instrumentos al servicio de los Estados que cuentan con una capacidad económica muy superior, en ocasiones, a la de muchas economías nacionales, y cuya regulación, objetivos y gestión resulta tan insatisfactoria como opaca.<sup>16</sup>

A este novedoso panorama se le añade ahora un dato adicional. Las inversiones extranjeras afrontan un cambio de actitud hacia ellas. De forma cada vez más habitual se incide en la necesidad del Estado de «garantizar la protección de los objetivos legítimos en el ámbito de las políticas públicas cuando dichos objetivos se vean amenazados por inversiones extranjeras»<sup>17</sup> y ello cuenta con un impacto directo en su reglamentación.

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 éstas últimas, 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. Sobre todo, las que tienen su origen en ciertos países, se dirigen a sectores punteros de la industria o a determinados recursos naturales del país de recepción de la inversión.

Esta actitud de prevención se manifiesta, por ejemplo, en el carácter progresivamente restrictivo de las regulaciones nacionales en la materia. Resulta en este sentido significativo, por ejemplo, que en 2018 un total de 55 economías reformasen sus legislaciones sobre inversiones, promulgando 112 medidas de las que, en contraste con lo ocurrido en épocas anteriores, más de un tercio recogían restricciones a las inversiones extranjeras; la cifra más alta de las dos últimas décadas. Estas restricciones pivotan en muchos casos en torno a la idea de protección de la seguridad nacional del Estado receptor de la inversión, y se focalizan en los sectores de infraestructuras críticas, tecnologías esenciales y otros ámbitos económicos críticos.<sup>18</sup>

Este movimiento involutivo, además, se produce en multitud de Estados, con

<sup>15</sup> ESPLUGUES MOTA (2018) pp. 455-456.

<sup>16</sup> ESPLUGUE (2018) p. 189 y ss.; DE MEESTER (2009) p. 14 y ss.

<sup>17</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p. 1.

<sup>18</sup> UNCTAD (2019) p. 11.

independencia de su grado de desarrollo y localización. No deja de resultar irónico que algunas economías desarrolladas, aquellas que han apoyado históricamente el libre comercio y la libre circulación de inversiones y se han beneficiado más de ellas, cuestionen hoy sus ventajas, impugnando su marco normativo y optando por soluciones unilaterales de marcada naturaleza nacionalista.<sup>19</sup>

Esta tendencia restrictiva se ve ahora adicionalmente agravada por la crisis del COVID-19, que está afectando de manera drástica y desastrosa a la economía internacional y cuyo impacto queda todavía lejos de ser plenamente estimado.<sup>20</sup> Las moderadas expectativas de crecimiento de la inversión extranjera para 2020 se han visto volatilizadas. Y si a comienzos de marzo de 2020, cuando la pandemia estaba en plena fase de expansión, sin atisbarse todavía ni su duración ni su propagación total, se hablaba ya de un impacto negativo de entre un -5% y un -15% de flujos inversores mundiales en el período 2020-2021<sup>21</sup> a finales de ese mismo mes estas cifras se elevaban ya hasta el -30% o -40%.<sup>22</sup>

## 2. Las inversiones extranjeras en el punto de mira

De forma acentuada, en múltiples países receptores de inversión se entiende que el control foráneo, potencial o efectivo, de algunos ámbitos de la actividad económica nacional considerados vitales para el Estado y su funcionamiento, puede tener implicaciones directas y negativas para su seguridad nacional, su orden público, sus intereses esenciales o nociones similares.<sup>23</sup>

Las discusiones socioeconómicas que acompañan tradicionalmente a la problemática de las inversiones extranjeras se ven, en estos momentos, afectadas por la pugna geopolítica global en tiempos de cambios tecnológicos y por la presencia de un inestable entorno social en muchos lugares. 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

<sup>19</sup> SAUVANT (2008-2009) p. 244; ÁLVAREZ (2009) p. 970.

<sup>20</sup> BOONE (2020) p.1.

<sup>21</sup> UNCTAD (2020) p. 1.

<sup>22</sup> UNCTAD (2020) pp. 1-2.

<sup>23</sup> ESPLUGUES MOTA (2019) p. 593 y ss.

que no toda ella es necesariamente positiva para sus economías, o para la promoción de sus intereses como Estado.<sup>24</sup> Planteándose si es aceptable que elementos básicos de su economía, o industrias de gran relevancia, puedan ser controlados por inversores foráneos, en algunos casos vinculadas a naciones extranjeras que no necesariamente comparten sus principios sociales, económicos o, incluso, democráticos y que en ocasiones, como decimos, pueden actuar por criterios meramente políticos o geoestratégicos, y no estrictamente comerciales o económicos.<sup>25</sup>

En la actualidad, y en comparación con las situación existente hace escasos años, diversas economías emergentes invierten de forma constante y amplia en una multiplicidad de países —desarrollados y menos desarrollados—, algunos de los cuales observan con preocupación cómo, gracias al largo proceso de privatización sufrido por ellos a finales del siglo pasado —acentuado por la crisis económica del último decenio—, importantes sectores de su economía anteriormente propiedad del Estado, o controlados por él, pertenecen ahora a entidades privadas que gestionan servicios e infraestructuras calificadas en muchas ocasiones como «críticas». Y que la posibilidad de que estos sectores —o empresas de referencia del Estado receptor de la inversión— caigan bajo control extranjero, mediante su adquisición de un inversor foráneo, es real.<sup>26</sup>

En coherencia con todo ello, se apoya que la respuesta legislativa aportada por el Estado en el ámbito de las inversiones extranjeras ya no puede limitarse a gestionar sus flujos. Los objetivos son superiores a ello en número y complejidad. Se trata de asegurar su compatibilidad con la protección y salvaguarda de determinados valores, políticas y objetivos del Estado destinatario de aquella.<sup>27</sup> Evitando algunos de los potenciales riesgos que la inversión puede entrañar: la posibilidad de que el país en que esté radicada la empresa adquirida devenga dependiente de un proveedor de bienes o servicios que se consideran cruciales para el normal funcionamiento del Estado receptor. O el peligro de que determinadas fusiones y adquisiciones puedan implicar una transferencia de ciertas tecnologías o conocimientos punteros a una entidad controlada por capital extranjero que, amén de aprovecharse del I+D+I

<sup>24</sup> SAUVANT (2009) pp. 7 y 14.

<sup>25</sup> ESPLUGUES MOTA (2018) pp. 38-40.

<sup>26</sup> UNCTAD (2009) p.15.

<sup>27</sup> OECD (2005) p. 4, n.º. 11

nacional podría, posteriormente, ser utilizada por dicha empresa o por un gobierno extranjero de forma contraria a los intereses nacionales del país receptor de la inversión. Pudiendo incluso, generar cierta capacidad de infiltración, vigilancia o sabotaje en la prestación de determinados servicios o bienes que se entienden cruciales para el normal funcionamiento de la economía del país receptor de la inversión.<sup>28</sup>

Algunas de estas amenazas quedan ahora de manifiesto con ocasión de la crisis de COVID-19. Las afirmaciones de la Comisión Europea con motivo de la pandemia sobre la necesidad de ser vigilantes con ciertas inversiones foráneas calificadas de «compras predatorias de activos estratégicos por parte de inversores extranjeros (por ejemplo, con el fin de limitar el suministro al mercado de la UE de una determinada mercancía o un determinado servicio)»<sup>29</sup> y su invitación a utilizar todos los mecanismos disponibles para prevenir potenciales inversiones ventajistas en sectores críticos de la economía europea, constituyen toda una declaración de principios al respecto, que alcanzan una relevancia singular si consideramos el carácter especialmente abierto a la inversión extranjera de la UE: «*Member States need to be vigilant and use all tools available at Union and national level to avoid that the current crisis leads to a loss of critical assets and technology. This includes tools like national security screening and other security related instruments. The Commission will guide Member States ahead of the application of the Foreign Direct Investment Screening Regulation*»<sup>30</sup>

Un peligro que lleva a la Comisión a justificar la adopción de ciertas medidas restrictivas a la inversión extranjera «necesarias para garantizar la seguridad del suministro (por ejemplo, en el ámbito de la energía) o la prestación de servicios esenciales si otras medidas menos restrictivas ... no bastan para hacer frente a una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». <sup>31</sup> Lo que, a su vez, plantea directamente el peligro de la articulación de un «*hidden protectionism*» por parte de algunos Estados o el abuso de políticas protectoras basadas, entre otros elementos, en la protección de la seguridad nacional o factores de similar índole.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> ESPLUGUES MOTA (2019) p. 131 y ss; MORAN (2013) p. 378; HEINEMANN (2012) pp. 861-863.

<sup>29</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) núm. 4, p. 5.

<sup>30</sup> EUROPEAN COMMISSION (2020) p. 2.

<sup>31</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) núm. 4, p. 5.

<sup>32</sup> OECD (2014) p. 9



Ningún Estado ha mantenido nunca una política de aceptación sin restricciones de las inversiones extranjeras. Siempre se ha impuesto algún tipo de límite. La actual revisión de los grandes paradigmas sobre los que descansa la inversión internacional y de su marco jurídico se refleja, entre otros extremos, en el creciente recurso por parte de los Estados al desarrollo de mecanismos dirigidos a controlarla e, incluso, a impedir su entrada en el país, con base en ciertas condiciones no siempre claras. Los flujos inversores foráneos son todavía deseados y favorecidos como regla general, y las políticas de promoción y atracción se encuentran presentes en todo el mundo. Sin embargo, estos datos no ocultan el deseo de muchos países, de ver preservados determinados sectores de su economía, o empresas de referencia, del posible control extranjero. O bien, de una forma más matizada, de contrastar algún tipo de inversión, especialmente aquella dotada de naturaleza soberana, proveniente de determinados países o dirigida a concretos sectores o empresas de la economía nacional.<sup>33</sup>

Los Estados receptores de la inversión temen que los inversores extranjeros controlen empresas, infraestructuras críticas o sectores claves de su economía, o se hagan con tecnología puntera relacionada, o no, con la seguridad, comprometiendo el acceso a ella. O actúen, sin más, de una manera que, lejos de responder a la dinámica del libre mercado, pretenda avanzar los intereses políticos o geoestratégicos de ciertos Estados frente al logro de metas puramente comerciales. La prevención se incrementa en aquellas ocasiones en que la inversión es realizada por empresas multinacionales provenientes de países emergentes, algunas de las cuales cuenta con un elevado nivel de vinculación con gobiernos extranjeros, con una incidencia directa en su control, y en la gestión y determinación de sus objetivos finales.<sup>34</sup>

Todo ello incide, de forma cada vez más habitual en el marco regulador de las inversiones extranjeras que, en muchos lugares, se ve confrontado con la necesidad de alcanzar una amalgama de objetivos, no siempre suficientemente coordinados ni explicitados. Se trataría, en suma, de favorecer la inversión como paradigma. A la vez que se busca impedir a determinados inversores extranjeros jugar un papel relevante en la economía nacional a través del control de ciertas empresas o sectores industriales estratégicos.

<sup>33</sup> ESPLUGUES (2018) p. 238 y ss.

<sup>34</sup> SAUVANT, GOVITRIKAR Y DAVIES (2011) p. 1 y ss.

La posibilidad de monitorizarla, y en su caso, limitarla con base en criterios de seguridad nacional, orden público, protección de los intereses esenciales del Estado o similares, ha estado siempre presentes en el plano normativo, tanto nacional como internacional.<sup>35</sup> Aunque, en la práctica, ha aparecido mitigada por la aceptación casi sin límites del paradigma del libre comercio y de la libre circulación de inversiones en tiempos recientes. Su trascendencia, empero, se ha incrementado sensiblemente en la última década, hasta el punto de considerarse hoy a la seguridad nacional y motivos de índole similar como una de las principales barreras a los flujos inversores.<sup>36</sup>

Esta pulsión por el control de cierta inversión extranjera atendida su potencial incompatibilidad con los intereses esenciales de seguridad o similares del Estado receptor se refleja, por ejemplo, en la tendencia a incorporar cláusulas de excepción vinculadas a estas nociones en los distintos acuerdos internacionales de inversión (AIIS) concluidos en los últimos años.<sup>37</sup> Cláusulas destinadas a asegurar la preservación de objetivos relevantes de orden público del Estado receptor de la inversión y que, en muchos casos, replican el tenor y filosofía del artículo XXI GATT y, consecuentemente, su inconcluyente y controvertida interpretación.<sup>38</sup>

Cláusulas que, además, y con la singularidad de los APPRIIS concluidos por EE.UU., Canadá y en menor medida, Japón, se focalizan en el momento posterior al desarrollo de la inversión, permitiendo al Estado receptor de aquella adoptar diferentes medidas tan solo respecto de las inversiones ya puestas en práctica. Lo que genera problemas de eficacia y tiempo a la hora de lograr la salvaguarda de los intereses y objetivos estatales, y favorece la búsqueda de vías alternativas a esta opción *ex post*.<sup>39</sup>

### **3. La consolidación de mecanismos de control previo —*screening*— de las inversiones extranjeras en el plano comparado**

La regulación de las inversiones extranjeras responde a un fino equilibrio

<sup>35</sup> ESPLUGUES MOTA (2018) pp. 134-135.

<sup>36</sup> CLODFELTER Y GUERRERO (2012) p. 174.

<sup>37</sup> VIÑUALES (2014) pp. 346-351 y 353-356.

<sup>38</sup> ESPLUGUES (2020) pp. 177-180.

<sup>39</sup> ÁLVAREZ (2012) p. 264; UNCTAD (2009) pp. 30-3.

entre los beneficios que el Estado receptor espera recibir de ellas, y los riesgos potenciales que le pueden generar. Y esta ecuación se encuentra hoy cuestionada en muchos lugares. Especialmente en algunos países occidentales que parecen encontrarse en pleno proceso de reevaluación de los costes-beneficios de ciertas inversiones foráneas, en el marco de un ambiente de creciente desconfianza hacia ellas.

Hasta fechas recientes, la respuesta ofrecida por parte del Estado respecto de aquellas inversiones extranjeras susceptibles de ser consideradas como potencialmente riesgosas para su seguridad o sus intereses esenciales de seguridad, ha estado muy vinculada al entramado convencional del que es parte y, por lo tanto, se ha focalizado en el momento posterior al desarrollo de la inversión. Sin embargo, las limitaciones intrínsecas que se anudan a esta posición han favorecido en tiempos recientes una focalización en la fase previa a su realización. Sin abandonar la vía *ex post* propia del entramado convencional existente, se consolida hoy en muchos lugares el diseño de mecanismos *ex ante* que permitan al Estado receptor evaluar la inversión propuesta y, llegado el caso, condicionarla, o incluso bloquearla, antes de que se lleve a cabo.<sup>40</sup>

En contraste con el mantra del libre comercio y de la libre circulación de inversiones que ha calificado las últimas décadas, la aceptación de éstas últimas dejaría ahora de ser plena, haciéndose depender de factores tales como el sector o industria objeto de la inversión, su carácter directo o indirecto, su naturaleza puramente privada o soberana, o su origen. Ya en 2010 el *World Bank's Survey Investing Across Borders in 2010* destacaba como una quinta parte de los 87 países analizados en el estudio requerían que las compañías extranjeras superasen un proceso de aprobación de la inversión antes de poder llevarla a cabo en ciertos sectores de la economía. Y cerca de un 90% de ellos limitaba la capacidad de las sociedades extranjeras de participar en diversos sectores de la economía nacional, con la presencia de límites más estrictos cuando se trata de servicios.<sup>41</sup>

De esta suerte, un número importante de naciones, algunas con largas tradi-

<sup>40</sup> ESPLUGUES (2018) pp. 238-249; CHAISSE, 2012, p. 71.

<sup>41</sup> WORLD BANK (2010) p. 8.

ciones de apertura a la inversión extranjera —Alemania<sup>42</sup>, Estados Unidos<sup>43</sup>, el Reino Unido<sup>44</sup>, la RPC<sup>45</sup> y ahora, también, España<sup>46</sup>, entre otras— 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 ciertas propuestas inversoras potencialmente riesgosas para sus intereses nacionales. Incluso la Unión Europea (UE), un espacio especialmente abierto a la inversión foránea, 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<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

Cada vez resulta más usual la articulación de distintos mecanismos de naturaleza diversa en relación con la entrada, valoración y, en su caso, aprobación de las inversiones extranjeras, o que subordinan éstas al cumplimiento de distintas condiciones una vez llevadas a la práctica. Todas ellas dirigidas a defender su economía frente a lo que el Estado receptor pueda considerar como inversiones poco deseables.

El elenco de instrumentos potenciales de control es muy plural, y responde a enfoques bien diversos.<sup>49</sup> Así, 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.<sup>50</sup> A

<sup>42</sup> *Zwölfte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung* de 19.12.2018 (BAnz AT 28.12.2018 V1) que modifica la *Foreign Trade and Payments Ordinance (Außenwirtschaftsverordnung – AWV)*.

<sup>43</sup> *The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA)* <i> <https://docs.house.gov/billsthisweek/20180723/CRPT-115/hrpt863.pdf></i>, p. 1362.

<sup>44</sup> *Enterprise Act 2002 (Share of Supply Test) (Amendment) Order 2018 (2018 No. 578)* y *The Enterprise Act 2002 (Turnover Test) (Amendment) Order 2018 (2018 No. 593)*.

<sup>45</sup> *Foreign Investment Law of the People's Republic of China* (Adopted at the Second Session of the 13th National People's Congress on 14.3.2019) <i> [http://www.fdi.gov.cn/1800000121\\_39\\_4872\\_0\\_7.html](http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4872_0_7.html)</i>

<sup>46</sup> Ley 19/2003, de 4.7, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de protección del blanqueo de capitales (BOE de 5.7.2003, reformada por el RD-L 8/2020, de 17.3, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18.3.2020) y el RD-L 11/2020, de 31.3, 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).

<sup>47</sup> DO L 79, de 21.3.2019.

<sup>48</sup> ESPLUGUES MOTA (2018) p. 459 y ss.

<sup>49</sup> ESPLUGUES (2018) pp. 233-237.

<sup>50</sup> SOTHMANN (2009) p. 205.

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.<sup>51</sup> La presencia de restricciones de participación empresarial en ciertas áreas de la economía<sup>52</sup> o la exigencia de registro obligatorio o la imposición de ciertas condiciones de conducta futura de la empresa controlada por el inversor foráneo.<sup>53</sup> Sin embargo, la nota singular hoy en este sector temático es el creciente recurso a 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.

Se trata de 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 de la economía de una inversión extranjera que, por sus características, se entiende que puede generar riesgos para sus intereses nacionales.<sup>54</sup>

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 considerada como compatible con las obligaciones derivadas del GATT. Así, en 1984, en el caso de *Canada – Administration of the Foreign Investment Act*<sup>55</sup>, 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.<sup>56</sup>

Estos sistemas se han considerado igualmente compatibles con el Derecho Internacional.<sup>57</sup> Incluso, en un ámbito económica y jurídicamente integrado

<sup>51</sup> UNCTAD (2016) p. 98.

<sup>52</sup> MUCHLINSKI (2007) pp. 192-201.

<sup>53</sup> GOLU (2003) p. 8.

<sup>54</sup> ESPLUGUES MOTA (2016) p. 51 y ss.

<sup>55</sup> Report of the Panel de 7.2.1984, L/5504-3 30S/140, pars. 5.18 y 6.2, <i>[https://www.wto.org/english/tra-top\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/82fira.pdf](https://www.wto.org/english/tra-top_e/dispu_e/gatt_e/82fira.pdf)</i>.

<sup>56</sup> ESPLUGUES MOTA (2018) pp. 253-258.

<sup>57</sup> SORNARAJAH (2010) pp. 105-106.

como es la Unión Europea (como veremos en el apartado 5.2 *infra*), este tipo de mecanismos de control previo de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para el «orden público, seguridad y salud públicas» del Estado Miembro de la UE receptor de la inversión, se han entendido acordes con los artículos 63 y 65.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), referentes a la libre circulación de capital y pagos, siempre que, como apunta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 14 de marzo de 2000, en el asunto *Èglise de scientologie, C-54/99*,<sup>58</sup> satisfagan determinadas condiciones.

El diseño de estos mecanismos de *screening* previo de las IEDs supone el reconocimiento del derecho del Estado a condicionar o impedir ciertos proyectos inversores susceptibles de generarle potenciales problemas de seguridad nacional.<sup>59</sup> Una admisión, eso sí, que desde distintos organismos internacionales se entiende debe realizarse sin afectar a los derechos y expectativas de los inversores, y asegurando un alto grado de previsibilidad, transparencia y exigibilidad del modelo diseñado. Ello implica, en última instancia, que en aquellas ocasiones en que alguna propuesta inversora pueda ser rechazada por entenderse contraria a la seguridad nacional o nociones similares del Estado receptor, éste deberá asegurarse de que las medidas adoptadas carecen de carácter discriminatorio, y respetan los principios de transparencia, proporcionalidad y responsabilidad.<sup>60</sup>

Estas exigencias, sin embargo, chocan con un problema de partida relativo a la concreción del objeto de la protección, y con una práctica caracterizada por su opacidad. La elasticidad de gran parte de las nociones empleadas al articular estos mecanismos —«orden público», «seguridad nacional», «intereses esenciales de seguridad»—, favorece su interpretación maximalista, y crea inevitablemente el riesgo de ocultar meros objetivos proteccionistas.<sup>61</sup> Ahí radica, precisamente, una de las claves a considerar a la hora de abordar estos esquemas de control. La apuntada distinción entre la necesidad de proteger al Estado frente a inversiones que, como las que afectan a determinadas infraestructuras críticas, pueden incidir en su seguridad nacional, de la mera promo-

<sup>58</sup> ECLI:EU:C:2000:124, par.13.

<sup>59</sup> UNCTAD (2015) p.8.

<sup>60</sup> ESPLUGUES (2018) pp. 245-253.

<sup>61</sup> SAUVANT (2009) p. 14.

ción de algunas empresas —«campeones nacionales»—, o de la protección de ciertos sectores de la actividad económica o empresas de la competencia de inversores extranjeros, ocultando motivos de carácter político o económico. Una línea que es tenue, y no siempre fácil de trazar.<sup>62</sup>

#### **4. Una política común de la UE en materia de inversiones extranjeras «en construcción»**

Todas estas tensiones apuntadas hasta el momento se hacen patentes, también, en el viejo continente. La UE no es ajena a esta implosión de sistemas de control de las inversiones extranjeras atendido su potencial riesgo para su orden o seguridad pública. Como tampoco lo es a la creciente prevención a la inversión extranjera y al libre comercio que manifiesta un sector de la población europea. En el caso de un mercado jurídica y económicamente integrado como es la UE, la articulación de estos mecanismos plantea la doble cuestión de su compatibilidad con el Derecho de la Unión, y de su diseño en concreto.

La Unión Europea es un espacio históricamente abierto a la inversión foránea que, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, ha devenido un actor relevante en el ámbito de las inversiones y de su regulación. Así, por ejemplo, los Estados miembros de la UE son parte en cerca del 50% del global de acuerdos sobre inversión extranjera vigentes actualmente en el mundo.<sup>63</sup> Y la Unión es el mayor emisor y receptor de inversiones del mundo: con un mercado especialmente abierto —más que el de EE.UU. o Canadá, por ejemplo—<sup>64</sup> los distintos Estados miembros invirtieron en el extranjero, en 2018, por un valor de €8,750 millardos, y recibieron un montante de €7,197 millardos.<sup>65</sup>

Sin embargo, esta posición de liderazgo en la realidad económica mundial contrasta con el complejo marco normativo sobre el que se sustentan estos flujos inversores en el seno de la UE. Manifestado de forma gráfica, en el desarrollo de una política común de inversiones todavía «en construcción»,

<sup>62</sup> OECD/UNCTA (2019) p.13.

<sup>63</sup> CHAISE (2012) p. 53.

<sup>64</sup> HELLSTRÖM (2016) p.33.

<sup>65</sup> EUROPEAN COMMISSION (2010) p. 1; COMISIÓN EUROPEA (2010) pp. 3-4.

cuyo pleno diseño y puesta en práctica por la Unión tomará un tiempo aún.<sup>66</sup>

Hasta 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el régimen jurídico de la UE en materia de inversiones extranjeras se caracterizó por una elevada fragmentación, motivada por la compleja división de competencias entre la Unión y los distintos Estados miembros.<sup>67</sup> Se hablaba, gráficamente, de un modelo caracterizado por su «*disunity and cacophony*»,<sup>68</sup> Solo a partir de esa fecha de 2009, con la apuntada vigencia plena del Tratado de Lisboa y la consecuente extensión de la Política Comercial Común (PCC) a las inversiones extranjeras, ha conseguido la UE plena competencia en materia de IEDs. No así en lo relativo a las indirectas, que sigue siendo compartida con los Estados miembros de la Unión.<sup>69</sup>

El objetivo de esta nueva PCC ampliada es consolidar la posición de la UE como un actor relevante en el entorno internacional, contribuyendo «*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*» (art. 206.1 TFUE). En esta línea, el artículo 207.1 TFUE precisa que la política comercial común se basará en principios uniformes aplicables, en particular, y entre otras, a las «inversiones extranjeras directas», llevándose a cabo «en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión».

Existe así, un amplio consenso doctrinal en relación con la exclusión de las inversiones indirecta, las denominadas inversiones de cartera, del ámbito de aplicación del artículo 207 TFUE y, con ello, de la PCC.<sup>70</sup> Un axioma reiterado por el TJUE en su Dictamen 2/15 sobre el Acuerdo de Libre Comercio entre la UE y Singapur, de 16 de mayo de 2017:<sup>71</sup> «El hecho de que los autores del Tratado FUE utilizaran la expresión “inversiones extranjeras directas” en el artículo 207 TFUE, apartado 1, manifiesta sin ambigüedad su voluntad de

<sup>66</sup> BEVIGLIA ZAMPETTI Y BROWN (2013) p.417.

<sup>67</sup> WEISS Y STEINER (2013) pp. 357-359; ORTINO Y EECKHOUT (2013) pp. 421-436.

<sup>68</sup> MEUNIER, 2014, p.1.

<sup>69</sup> WOOLCOCK (2010) pp. 22-23; LEAL-ARCAS (2010) pp.507-508.

<sup>70</sup> HERRMAN Y CRÁMER (2015) p.90.

<sup>71</sup> Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno), ECLI:EU:C:2017:376.



no incluir otras inversiones extranjeras en la política comercial común» (pár. 83).

Significativamente, esta referencia a las IEDs que realiza el artículo 207.1 TFUE no viene acompañada de la inclusión de una definición de éstas en los tratados de la UE. Optándose por utilizar como elemento de referencia para fijar su contenido, tanto por la Comisión Europea como por el propio TJUE (ss-TJUE de 16 de marzo de 1999, C-222/97, *Trummer y Mayer*<sup>72</sup>, pár. 21; de 4 de junio de 2002, C-483/99, *Comisión/Francia*<sup>73</sup>, pár. 36 o de 3 de mayo de 2003, C-98/01, *Comisión/Reino Unido*<sup>74</sup>, pár. 39), la definición recogida en el Anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado,<sup>75</sup> y que se ve apoyada en las notas explicativas de la propia Directiva: «Cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas, empresas comerciales industriales o financieras, y que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y el empresario, o la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. Así pues, este concepto debe entenderse en su sentido más amplio».

De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión, en su jurisprudencia y en línea con el IMF<sup>76</sup> o la OCDE<sup>77</sup> destaca que los dos elementos que calificación a una inversión como directa son su duración y la voluntad y capacidad de control de la entidad invertida que aquella genera (STJUE de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-463/00<sup>78</sup>, pár. 72 o Dictamen 2/15, pár. 80; Parlamento Europeo, 2011, letra D; Tavassi, 2012, p. 648).

La atribución a la Unión, vía artículo 3.1.e) TFUE, de competencia exclusiva en relación con una PCC –ahora ampliada a las IEDs- implica la progresiva desaparición de las políticas nacionales en la materia.<sup>79</sup> En consonancia con ello, y al amparo del mandato del artículo 2.1 TFUE que reconoce a la Unión la sola capacidad para legislar sobre aquellos ámbitos en los que tenga com-

<sup>72</sup> ECLI:EU:C (1999) p.143.

<sup>73</sup> ECLI:EU:C (2002) p.327.

<sup>74</sup> ECLI:EU:C (2003) p.273.

<sup>75</sup> DO L 178, de 8.7 (1988).

<sup>76</sup> (2009, p. 110, nº.6.54)

<sup>77</sup> BENCHMARK (2008) p.22.

<sup>78</sup> ECLI:EU:C (2003) p.272.

<sup>79</sup> TAVASSI (2012) p. 646.

petencia exclusiva, ello debería conducir a que solo la UE cuente con competencia para negociar acuerdos internacionales en materia de IEDs, o renegociar los concluidos hasta el momento por los diversos Estados miembros.<sup>80</sup> El propio TJUE en su mencionado Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017 afirma que la UE cuenta con competencia exclusiva «para aprobar cualquier compromiso con un tercer Estado relativo a las inversiones realizadas por personas físicas o jurídicas de ese tercer Estado en la Unión —y a la inversa— que les ofrezcan la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de una sociedad que ejerza una actividad económica.» (Dictamen 2/15, pár. 82). Algo que no es reputable de las inversiones indirectas (Dictamen 2/15, pár. 83), respecto de las que la competencia es compartida entre la UE y los Estados miembros.<sup>81</sup>

Sin embargo, y como todo en la UE, las cosas no siempre resultan tan claras y ha persistido cierto nivel de ambigüedad y conflicto con referencia a la nueva situación generada por la PCC. Tanto respecto de su objeto, de la delimitación de la extensión de las competencias de la Unión, o del papel jugado por los Estados miembros en relación con este sector temático.<sup>82</sup> Recordemos, en este último sentido, que el artículo 207.6 TFUE deja claro que el ejercicio de las competencias exclusivas atribuidas por el artículo en el ámbito de la política comercial común a la Unión no afectará a la delimitación de las competencias entre ésta y los Estados miembros, ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de éstos, en la medida en que los tratados excluyan dicha armonización.<sup>83</sup> También, en lo referente a la interrelación entre la regulación de la PCC en el área de las inversiones extranjeras directas con otras áreas del Derecho de la Unión dotadas de ámbitos sustanciales y personales diversos, tales como la libertad de establecimiento o la libre circulación de capitales y pagos, y que —como veremos— puede generar controversias y dudas adicionales en relación con el entendimiento y amplitud de la competencia atribuida a la Unión en esta materia, y su progresiva —en terminología del artículo 206 TFUE— puesta en práctica.<sup>84</sup>

El hecho de que sistemáticamente el artículo 207 TFUE se encuentre localiza-

<sup>80</sup> BROWN Y ALCOVER-LLUBIÀ (2010-2011) p. 148.

<sup>81</sup> SHAN Y ZHANG (2010) p. 1059.

<sup>82</sup> DIMOPOULOS (2011) p. 66.

<sup>83</sup> YOTOVA (2013) pp. 389-391.

<sup>84</sup> LEAL-ARCAS (2010) p. 484.

do en el Título II –*Política Comercial Común*– de la Quinta Parte del Tratado –*Acción Exterior de la Unión*– sugeriría una interpretación amplia de la competencia atribuida por el Tratado a la Unión en lo relativo a las inversiones extranjeras, que se entendería, por lo tanto, como comprensiva de todas las cuestiones relativas a las IEDs.<sup>85</sup> Ello implicaría que cubriría tanto las cuestiones referidas a la fase previa al desarrollo de la inversión —liberalización—, como a las generadas con posterioridad a aquella promoción, admisión o tratamiento y protección de las inversiones una vez se hayan llevado a cabo.<sup>86</sup>

Sin embargo, esta posición no es unánime, y existe debate en torno a su amplitud real.<sup>87</sup> La Comisión Europea, como era previsible, asume el carácter exclusivo y amplio de la competencia atribuida a la UE a tenor de los artículos 3 y 207 TFUE, y apoya que ésta cubre todos los aspectos de tratamiento y protección de la inversión extranjera directa.<sup>88</sup> Un punto, éste último, que viene secundado por el TJUE en su Dictamen 2/15 de 16 de mayo de 2017, respecto de la IED en el marco de la PCC (pár. 109), no así, lógicamente en lo referente a la inversión indirecta (pár. 238).

La práctica de todo lo dicho hasta el momento es compleja. De acuerdo con el mandato del artículo 2.1 TFUE la asunción de competencia exclusiva por la UE implica que solo ella será competente para legislar o adoptar normativa vinculante en esta materia. Pero, como ya hemos avanzado, la vinculación del sector de las inversiones con otras políticas y libertadas de la UE es manifiesta, y ello cuenta con una incidencia directa, por ejemplo, en su capacidad para articular un modelo común de verificación de las inversiones extranjeras con base en su potencial contradicción con la seguridad nacional del Estado receptor. Precisamente en este punto, de forma significativa, y como reflejo de las dificultades y contradicciones con que se encuentra el diseño de la nueva política común en materia de inversiones de la UE, 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<sup>89</sup> reconoce la capacidad normativa de los Estados en este punto.

<sup>85</sup> REINISCH (2014) p.118.

<sup>86</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ (2016) p.102; DIMOPOULOS (2011) p.113; LEAL-ARCAS (2010) p.504; BENEDICT, 2009, p. 448).

<sup>87</sup> CARDWELL Y FRENCH (2011) pp. 207-209; YOTOVA (2013) pp.389-391.

<sup>88</sup> DE LUCA (2010-2011) p.168.

<sup>89</sup> DO L 79, de 21.3.2019.

## 5. La consolidación de los mecanismos de *screening* de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional en la UE y su incidencia en la libre circulación de capitales e inversiones

Las dudas y controversias que acompañan a la conformación de la política común en materia de inversiones no han impedido a la UE ir articulando progresivamente su contenido. Ya en 2010, la Comisión Europea aportó diversas claves al respecto en su Comunicación *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*.<sup>90</sup> La Comisión destacaba que la apertura a las inversiones «debería seguir siendo un criterio decisivo en el establecimiento de las políticas europea», destacando su voluntad de continuar ofreciendo «un entorno abierto a las inversiones» que serán acogidas «con agrado» en el territorio de la Unión.<sup>91</sup> Para ello, resaltaba la necesidad de generar «un contexto estable, sano y predecible» para ellas.<sup>92</sup> Correlativamente, la UE añadía la necesidad de «velar por que sus inversores en el extranjero disfruten de unas condiciones uniformes y óptimas para la inversión, mediante la supresión progresiva de las restricciones. De este modo, se asegura un planteamiento más activista, que garantizará que las relaciones de inversión de la UE con los terceros países no sean unidireccionales»<sup>93</sup>

Sin embargo, la articulación de la nueva política común en materia de inversiones foráneas ha coincidido con los tiempos de la enorme crisis financiera que ha asolado al mundo desde 2008. En unos momentos en que las llamadas al patriotismo económico comienzan a alcanzar popularidad en un número creciente de Estados miembros de la UE, al tiempo que se consolida una actitud más hostil hacia el comercio internacional y la inversión extranjera en el viejo continente.<sup>94</sup>

### 5.1. La libre circulación de capitales y pagos y sus potenciales excepciones

El artículo 63.1 TFUE prohíbe explícitamente cualquier restricción de la libre circulación de capitales y pagos entre Estados miembros, y entre éstos y ter-

<sup>90</sup> HJÄLMROTH Y WESTERBERG (–) pp.19-22.

<sup>91</sup> COMISIÓN EUROPEA (2010) p.4.

<sup>92</sup> COMISIÓN EUROPEA (2010) p.4; HERRMAN Y CRÄMER (2015) pp.100-101.

<sup>93</sup> COMISIÓN EUROPEA (2010) p.4; CHAISSE (2012) pp.64-69.

<sup>94</sup> GÖTZ (2015) pp. 292-29.

ceros países. La libre circulación de capitales incluye flujos relacionados tanto con las IEDS, como con las inversiones de cartera.

Sin embargo, esta regla general se matiza con posterioridad en los artículos 64, 65 y 66 TFUE, que prevén la adopción de ciertas restricciones a estas libertades por los Estados miembros, con base en diferentes motivos, incluyendo las «razones de orden público o de seguridad pública» (art. 65.1.b) TFUE.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, estas excepciones, eso sí, deben ser interpretados de forma restrictiva. Como señala el Alto Tribunal, el Tratado permite a los Estados miembros «imponer, en casos individuales y en presencia de elementos justificativos, restricciones al ejercicio de un derecho derivado directamente del Tratado.»<sup>95</sup> Esto es, como apunta la Comisión Europea al afrontar la crisis del COVID-19, cuando haya «razones imperiosas de interés general (...) en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.»<sup>96</sup>

A esta exigencia de restricción, el Tribunal de Luxemburgo añade dos requisitos adicionales. En primer lugar, es necesario que las medidas adoptadas no constituyan «ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63.»<sup>97</sup> Además, en segundo lugar, la aplicación de esta regla y, consecuentemente, de cualquier medida que pueda «afectar o hacer menos atractivo»<sup>98</sup> el ejercicio de cualquier libertad fundamental garantizada por el TFUE, debe satisfacer cuatro condiciones adicionales: «que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» (SSTJUE de 25 de enero de 2007, *Festersen*, C-370/05<sup>99</sup>, pár. 26; de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04<sup>100</sup>, pár. 71; de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07<sup>101</sup>, pár.

<sup>95</sup> STJUE de 5 de febrero de 1991, *Roux/Estado belga*, C-363/89, pár.30.

<sup>96</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) Anexo núm. 4, p. 4; HJÄLMROTH Y WESTERBERG, sin año, pp.11-12.

<sup>97</sup> TFUE, art. 65.3 TFUE; DIMOPOULOS (2011) p.77.

<sup>98</sup> STJUE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard/ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, pár. 37).

<sup>99</sup> ECLI:EU:C (2007) p.59.

<sup>100</sup> ECLI:EU:C (2006) p.774.

<sup>101</sup> ECLI:EU:C (2009) p.141.

44; de 25 de octubre de 2007, *Geurts y Vogten*, C-464/05<sup>102</sup>, p. 24; de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport-és Divatkereskedelmi*, C-385/12<sup>103</sup>, párs. 41-42, o de 6 de marzo de 2018, *SEGRO*, C-52/16 y C-113/16<sup>104</sup>, párs. 76-77; Comisión Europea (2005) p. 2).

Dentro de estas «razones imperiosas de interés general» mencionadas por el TJUE se encontraría la salud pública (STJUE de 19 de mayo de 2009, *Comisión/Italia*, C-531/06<sup>105</sup>, p. 51), así como la protección de los consumidores, la preservación del equilibrio financiero del sistema de seguridad social, y la consecución de objetivos de política social que pudieran ser pertinentes en situaciones de emergencia (Comisión Europea (2020) Anexo, n.º. 4, p. 5).

El TJUE acepta como premisa indiscutible la libertad de los Estados miembros «para definir las exigencias del orden público y de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales» (STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, p. 17). Pero, en la medida en que estos requerimientos constituyen derogaciones de los principios fundamentales de libre circulación de capitales, añade, deben ser interpretados de forma «estricta», y su alcance no puede ser determinado de manera «unilateral» por cada Estado miembro. Esto es, «sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad» (STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, p. 17. Igualmente, SSTJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, C-483/99<sup>106</sup>, p. 48, o de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, p. 72).

En línea con esta posición, el Alto Tribunal incide en el hecho de que «el orden público y la seguridad pública solo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (...) Por otra parte, no se puede alterar la función propia de dichas razones para servir, en realidad, a fines puramente económicos» (STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, p. 17. En similar sentido, SSTJUE de 16 de enero de 2003, *Comisión/Italia*, C-388/01<sup>107</sup>, p. 30).

<sup>102</sup> ECLI:EU:C (2007) p.631.

<sup>103</sup> ECLI:EU:C (2014) p.47.

<sup>104</sup> ECLI:EU:C (2018) p.157.

<sup>105</sup> ECLI:EU:C (2009) p.315.

<sup>106</sup> ECLI:EU:C (2002) p.327.

<sup>107</sup> ECLI:EU:C (2003) p.30.

22; de 17 de marzo de 2005, *Kranemann*, C-109/04<sup>108</sup>, p. 34, o de 11 de septiembre de 2008, *Comisión/Alemania*, C-141/07<sup>109</sup>, p. 60).

En consecuencia con todo lo anterior, las medidas que restringen la libre circulación de capitales podrían venir justificadas con base en el “orden público”, la «seguridad pública», o motivos similares, solamente si resultan necesarias para la protección de ciertos intereses precisos que se desea salvaguardar, y únicamente en la medida en que tales objetivos no puedan ser obtenidos a través de otras menos restrictivas (STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, C-454/99, p. 18). Además, estas medidas «no deben ir más allá de lo que resulta necesario para alcanzar ese objetivo» (SSTJUE de 11 de octubre de 2007, *ELISA*, C-451/05<sup>110</sup>, p. 82; de 3 de marzo de 1993, *Kraus/Land Baden-Württemberg*, C-19/92<sup>111</sup>, p. 32, o de 21 de diciembre de 2011, *Comisión/Polonia*, C-271/09<sup>112</sup>, p. 58; Jones y Davies, 2014, p. 474).

El Tribunal de Justicia de la Unión no ha concretado el significado de los conceptos de «orden público» o de «seguridad pública» en relación específicamente con el artículo 65.1.b TFUE (Trybus, 2002, p. 1350). Sin embargo, de su práctica jurisprudencial se deriva el carácter restrictivo atribuible a ambas nociones (SSTJUE de 9 de junio de 1982, *Comisión/ Italia*, 95/81<sup>113</sup>, p. 26; de 28 de octubre de 1975, *Rutili/Ministre de l'intérieur*, 36/75<sup>114</sup>, p. 27, o de 6 de noviembre de 1984, *Kohl/Ringelhan*, 177/83<sup>115</sup>, p. 19), y la imposibilidad de dotarlas de una naturaleza discrecional —“self-judging”— (SSTJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili/Ministre de l'intérieur*, p. 27; de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn/Home Office*, 41/74<sup>116</sup>, p. 18, o de 4 de octubre de 1991, *Richardt*, C-367/89<sup>117</sup>, p. 19; Esplugues Mota, «La creciente», 2020, p. 180 y ss.).

De acuerdo con el Tribunal, el concepto de «orden público», «requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción

<sup>108</sup> ECLI:EU:C (2005) p.187.

<sup>109</sup> ECLI:EU:C (2008) p.492.

<sup>110</sup> ECLI:EU:C (2007) p.594.

<sup>111</sup> ECLI:EU:C (1993) p.125.

<sup>112</sup> ECLI:EU:C (2011) p.855.

<sup>113</sup> ECLI:EU:C (1982) p.216.

<sup>114</sup> ECLI:EU:C (1975) p.137.

<sup>115</sup> ECLI:EU:C (1984) p.334.

<sup>116</sup> ECLI:EU:C (1974) p.133.

<sup>117</sup> ECLI:EU:C (1991) p.376.

de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.» (STJUE de 27 de octubre de 1977, *Regina/Bouchereau*, 30/77<sup>118</sup>, pár. 35. También, SSTJUE de 28 de octubre de 1975, *Rutili/Ministre de l'intérieur*, pár. 28; de 26 de noviembre de 2002, *Oteiza Olazabal*, C-100/01<sup>119</sup>, pár. 39; de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-376/96<sup>120</sup>, pár. 30). Mientras que la seguridad pública referiría a los intereses fundamentales de un Estado miembro de mantener servicios públicos esenciales y a la salvaguarda del funcionamiento de las instituciones (STJUE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil*, 72/83<sup>121</sup>, pár. 35). Ambas nociones serían, de esta suerte, conceptos que aluden a materias de naturaleza no económica o militar, y que incluirían, por ejemplo, tanto la seguridad interior como la «seguridad exterior de un Estado miembro» (SSTJUE de 4 de octubre de 1991, *Richardt*, pár. 22; de 13 de julio de 2000, *Albore*, pár. 18; de 28 de octubre de 1975, *Rutili/Ministre de l'intérieur*, pár. 30. También, SSTJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, C-367/98<sup>122</sup>, pár. 52 o de 10 de julio de 1984, *Campus Oil*, pár. 35; Jones y Davies, 2014, pp. 477-478; Trybus, 2002, p. 1353).

## 5.2. La compatibilidad de los mecanismos nacionales de control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad nacional con la normativa europea

El derecho de la Unión a regular los movimientos de capital y pagos entre los Estados miembros, y entre estos y terceros países —incluido el derecho de la propia UE, y de los Estados miembros, de adoptar algunas restricciones justificadas y limitadas de ellos—, y su relación con las inversiones extranjeras fue ya abordada por el Tribunal de Luxemburgo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en un momento en que la UE carecía de competencia exclusiva en la materia.

En el supuesto concreto del control de las IEDs con base en su potencial riesgo para el orden público o la seguridad pública del país receptor, se acepta por el TJUE que la dificultad en identificar y bloquear el capital foráneo una vez

<sup>118</sup> ECLI:EU:C (1977) p.172.

<sup>119</sup> ECLI:EU:C (2002) p.712.

<sup>120</sup> ECLI:EU:C (1999) p.575.

<sup>121</sup> ECLI:EU:C (1984) p.256.

<sup>122</sup> ECLI:EU:C (2002) p.326.



éste ha accedido al Estado miembro «puede imponer la necesidad de impedir en el origen las operaciones que atentan contra el orden público o la seguridad pública», impidiendo por lo tanto que se lleven a cabo.<sup>123</sup> De hecho, el Alto Tribunal considera que «en caso de inversiones extranjeras directas que supongan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, un régimen de declaración previa puede resultar insuficiente para disipar tal amenaza.»<sup>124</sup>

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión ha admitido, de forma expresa, en relación con el significado atribuible a estos términos, que la «mera adquisición de una participación que se eleve a más de un 10 % del capital social de una sociedad que opere en el sector de la energía o cualquier otra adquisición que confiera una influencia significativa sobre dicha sociedad constituya, por sí misma, una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del aprovisionamiento» (STJUE de 26 de marzo de 2009, *Comisión/Italia*, C-326/07<sup>125</sup>, pár. 48,). Aunque, tal como se ha avanzado ya, cualquier medida adoptada debe estar justificada «por circunstancias objetivas, que obedezcan a las exigencias de la seguridad pública» (STJUE de 10 de julio de 1984, *Campus Oil*, pár. 36), y «debe interpretarse de manera que no extienda sus efectos más allá de lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar» (STJUE de 4 de octubre de 1991, *Richardt*, pár. 20; Hindelang, 2009, pp. 228-234). Adicionalmente, en aquellas ocasiones en que existe legislación secundaria de la Unión, el TJUE ha limitado a los Estados miembros la posibilidad de invocar este tipo de motivos presentes en los Tratados de la Unión (SSTJUE de 5 de octubre de 1977, *Tedeschi/Denkavit*, 5/77<sup>126</sup>, pár. 35, o de 7 de junio de 2007, *Comisión/ Países Bajos*, C-50/06<sup>127</sup>, pár. 51).

El Tribunal de Luxemburgo ha admitido de partida la compatibilidad de estos sistemas nacionales con los artículos 63 y 65.3 TFUE siempre, eso sí, que satisfagan determinadas condiciones. En este sentido, el Alto Tribunal, en su Sentencia de 2000 en el asunto *Église de scientologie* comienza asumiendo que cualquier normativa que sujete las IEDS a algún tipo de evaluación cons-

<sup>123</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, pár. 20.

<sup>124</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, pár. 20..

<sup>125</sup> ECLI:EU:C (2009) p.193.

<sup>126</sup> ECLI:EU:C (1977) p.144.

<sup>127</sup> ECLI:EU:C (2007) p.325.

tituye una restricción de la libre circulación de capitales de acuerdo con el artículo 63.1 TFUE (párs. 14 y 15). Sin embargo, ello no impediría admitir su potencial compatibilidad con el Derecho de la Unión, en tanto el sistema diseñado asegure ciertos principios básicos que le permitan satisfacer altos estándares de calidad en términos de previsibilidad, transparencia y proceso debido.<sup>128</sup>

Esto se traduce en que cualquier modelo que se articule debe dirigirse exclusivamente a la protección de intereses generales legítimos. Así como disponer de períodos estrictos para el ejercicio de los poderes de oposición a la inversión prevista. Igualmente, deben especificarse los concretos bienes previstos, y las decisiones de gestión objeto de análisis. Amén de contar con criterios objetivos y estables, y ser susceptible de una efectiva revisión por los tribunales. En tal sentido, la STJUE de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07<sup>129</sup>, exige que la normativa articuladora del modelo «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).

Además, junto a los principios sobre los que debe anclarse todo sistema de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad pública o el orden público, el TJUE requiere que la ponderación realizada en el marco del sistema diseñado debe ser acorde con el artículo 65.1.b) TFUE que, recordemos, constituye una excepción al mandato del artículo 63.1 TFUE.

Todo ello implica, en última instancia, que las concretas circunstancias requeridas para someter una propuesta inversora a evaluación deben estar definidas, y ofrecer al inversor afectado indicaciones claras con relación a las específicas situaciones en las que es necesaria autorización previa. Hasta el punto de permitirle ser consciente de la extensión de sus derechos y obligaciones, posibilitándole, a la vez, asegurar la virtualidad del principio de seguridad jurídica.<sup>130</sup> Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva debe ver reconocida la posibilidad de recurso.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> HINDELANG (2009) p. 242.

<sup>129</sup> ECLI:EU:C (2009) p.593.

<sup>130</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie*, párs. 21 y 22.

<sup>131</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Église de scientologie* pár. 17.

El TJUE, en la mencionada decisión de 2000 en el asunto *Eglise de scientologie*, tuvo oportunidad de evaluar la compatibilidad con el Derecho europeo del modelo francés «de autorización previa para las inversiones susceptibles de afectar al orden público, seguridad y salud públicas»<sup>132</sup> recogido, en su momento, en el *Décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger*<sup>133</sup>.

A pesar de que el Decreto trataba de forma diferente a los inversores provenientes de la Unión de los que no lo eran, y de su aparente compatibilidad con el artículo 64 TFUE, el modelo fue considerado por el TJUE como contrario al Derecho de la Unión.<sup>134</sup> El Tribunal entendió que el Decreto contravenía el principio de seguridad jurídica, en cuanto no permitía a los inversores afectados por el sistema perfeñado conocer las exactas circunstancias que conducían a la exigencia de previa autorización de la inversión programada.

El Decreto requería esta previa autorización para toda IED que pudiera potencialmente representar un peligro para el orden público y la seguridad pública de Francia, sin aportar mayor detalle al respecto. El Tribunal de Luxemburgo afirmó en relación con ello que «(...) se exige la autorización previa para toda inversión extranjera directa “que pueda afectar al orden público o a la seguridad pública”, sin más precisiones. Así, de ninguna forma se indica a los inversores interesados cuáles son las circunstancias específicas en las que es necesaria una autorización previa.»<sup>135</sup> Y, consecuentemente, tal «indeterminación no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 73 B del Tratado. En estas circunstancias, el régimen establecido es contrario al principio de seguridad jurídica.»

<sup>136</sup>

### **5.3. Un paso adelante, el Reglamento (UE) 2019/452, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión**

En el marco de todo este proceso evolutivo y como reflejo de los nuevos tiempos que confrontan las inversiones extranjeras, la Unión ha promulgado

<sup>132</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Eglise de scientologie* pár. 13.

<sup>133</sup> [www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000882578&categorieLien=cid/i](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000882578&categorieLien=cid/i)

<sup>134</sup> DELPECH Y ROYER, 2014, p. 1

<sup>135</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Eglise de scientologie*, pár. 21.

<sup>136</sup> STJUE de 14 de marzo de 2000, *Eglise de scientologie*, n° 22.

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 que se sustenta en la aceptación de la pervivencia de los diversos sistemas nacionales de control de las inversiones extranjeras atendida su eventual contrariedad con la seguridad nacional, y nociones similares, de los distintos Estados miembros.

El reglamento asume que en la actualidad la responsabilidad del control de las IEDs corresponde a ellos. Pero, a la vez, explicita que dicho control debe tomar en cuenta el impacto que sobre la UE en su conjunto pueden tener las inversiones extranjeras directas. Algo imprescindible «con el fin de garantizar la continuidad de la capacidad de la industria de la UE.»<sup>137</sup>

A partir de esta premisa, el reglamento diseña un marco normativo básico para el control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad o de orden público. Apuntando los factores que pueden considerarse a la hora de ponderar su compatibilidad con el orden público o criterios similares del Estado receptor (o de la propia UE, art. 4 Reglamento 2019/452), y las bases mínimas sobre las que deben articularse estos mecanismos de control (art. 3 Reglamento 2019/452). A la vez que articula una herramienta de cooperación entre los Estados miembros, así como entre los Estados miembros y la Comisión, en lo referente a las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público (arts. 1.1 y 7 a 11 Reglamento 2019/452). Todo ello, insistimos, «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» (art. 1.2 Reglamento 2019/452), y de su capacidad para decidir si controla o no una determinada IED en el marco del Reglamento (art. 1.3 Reglamento 2019/425).

## **6. La emergencia del COVID-19 y el control de las inversiones extranjeras en la UE: la posición de la Comisión de Europea**

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

<sup>137</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) Anexo núm. 1, p.1.

de su incidencia en los flujos de inversión extranjera en la Unión y sobre su necesario control en tiempos de pandemia, tensionando todo el modelo normativo al que nos hemos referido en el apartado anterior. Aunque aparentemente focalizado en el sector de la salud, se 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»<sup>138</sup> sean objeto de compras «predatorias»<sup>139</sup> por parte de inversores extranjeros que aprovechen esta situación.

La Unión se declara abierta a las inversiones extranjeras y es, de hecho, un destino atractivo para ellas.<sup>140</sup> Pero, a la vez, insistimos, la propia Comisión alerta de que el impacto económico generado por la pandemia tiene como uno de sus posibles peligros un incremento en el riesgo potencial de que ciertas industrias estratégicas —sobre todo, ahora, aquellas relacionadas con la atención sanitaria— sean adquiridas por inversores extranjeros. En línea con ello señala que en el contexto de la crisis sanitaria y económica creada por el COVID-19, «podría producirse un mayor riesgo de tentativas de adquisición de **capacidades sanitarias (por ejemplo, para la producción de equipos médicos o de protección) o de industrias afines como centros de investigación** (por ejemplo, para el desarrollo de vacunas) a través de las inversiones extranjeras directas»<sup>141</sup>

En este sentido, se afirma que la 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 de ciertas industrias críticas. Precisamente por ello, 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 el conjunto de la Unión, y para sus ciudadanos.<sup>142</sup>

<sup>138</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p.2.

<sup>139</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020), Anexo núm. 4, p.5.

<sup>140</sup> EUROPEAN COMMISSION (2019) p. 1.

<sup>141</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p. 1.

<sup>142</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p. 1.

De esta suerte se «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*»<sup>143</sup> Lo que se traduce en «*insta(r)*» a los países que ya cuentan con un modelo de *screening* de las inversiones extranjeras directas, a 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»<sup>144</sup> Se habla, así, por ejemplo, de «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).»<sup>145</sup>

Igualmente, y en relación con aquellos otros Estados que no disponen de tales mecanismos, o cuyos modelos no cubren todas las operaciones pertinentes, se les «*insta*» a que establezcan un mecanismo de control completo y, mientras ello ocurre, «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»<sup>146</sup>

En todo caso, la Comisión Europea requiere a los diversos Estados a que se muestren especialmente vigilantes para evitar «que la crisis sanitaria actual resulte en la venta masiva de empresas y operadores industriales europeos, incluidas pymes».<sup>147</sup> Y avanza que la UE «seguirá de cerca la evolución de la situación sobre el terreno y mantendrá contactos con los Estados miembros, según proceda»<sup>148</sup> Recordando a los Estados las interdependencias existentes en un mercado integrado como es el europeo, y les pide que busquen aseso-

<sup>143</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p.1.

<sup>144</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p.2.

<sup>145</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) Anexo 4, p.5.

<sup>146</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) p.2.

<sup>147</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) Anexo, núm. 1, p.3.

<sup>148</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) Anexo, núm. 1, p.3.

ramiento y coordinación en aquellos supuestos en que las inversiones puedan tener un efecto real o potencial, presente o futuro, en el mercado único.<sup>149</sup>

## 7. Un cambio que marca tendencia... también en la UE

Las inversiones extranjeras han fluido como nunca durante las últimas décadas, en el marco de una aceptación generalizada de sus beneficios. Esta situación, sin embargo, comienza a alterarse de forma acelerada en múltiples lugares del planeta. La presencia de un entorno geoestratégico más complejo, y la aproximación crítica de muchos Estados hacia la globalización y lo que ella significa, está consolidando una visión más cautelosa hacia la libre circulación de inversiones extranjeras que, entre otros efectos, se plasma en la elaboración de normativas más restrictivas.

La Unión Europea, un espacio económicamente integrado y muy abierto a las inversiones extranjeras no es ajena a estos movimientos. Y, en este sentido, el aumento en el recurso a los mecanismos de *screening* de las inversiones extranjeras es también patente en su territorio. El fomento de estos mecanismos de control constituye un síntoma más del momento de cambio que vive el Derecho de las inversiones internacionales, en un contexto de creciente cautela respecto de ellas. La extensión de su diseño y su uso en un entorno económico y geoestratégico muy variable abre el debate sobre la finalidad real de estos mecanismos, a la vez que plantea dudas lógicas, y relevantes, en relación a los términos futuros de su utilización, y a su incidencia sobre la libre circulación de inversiones.

Las bases sobre las que se ha articulado la realidad de las inversiones extranjeras en un mundo globalizado están erosionándose rápidamente. La revolución tecnológica y las disputas geoestratégicas están afectando drásticamente al modelo vigente durante los últimos 40 años. Se avizora un futuro mucho más restrictivo hacia la inversión extranjera. Como se plasme en concreto es, todavía, algo por escribir... también en la UE.

---

<sup>149</sup> COMISIÓN EUROPEA (2020) Anexo, núm. 1, p.3.

## Bibliografía citada

### Libros, capítulos de Libro y artículos de revista

- ALVAREZ, J.E. (2009). «Contemporary Foreign Investment Law: An ‘Empire of Law’ or the ‘Law of Empire’?», *Alabama Law Review*, n.º. 60, p. 943.
- ALVAREZ, J.E. (2012). «Sovereign Concerns and the International Investment Regime», en Sauvant, K.P., Sachs, L.E. y Schmit Jonbloed, W.P.F. (eds). *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*. Oxford: OUP, p. 258.
- BENEDICT, C.G. (2009). «The Multilateralization of Investment Protection under the Lisbon Treaty: Fears and Hopes of Investors», *ICSID Review – Foreign Investment Law*, n.º. 24-2, p. 446.
- BEVIGLIA ZAMPETTI, A. y BROWN, C. (2013). «The EU Approach to Investment», en Drabek, Z. y Mavroidis, P. (eds.). *Regulations of Foreign Investment. Challenges to International Harmonization*. Singapore: World Scientific, p. 417.
- BOONE, L. (2020). *OECD Interim Economic Outlook. Coronavirus: The World Economy at risk*. Paris: OECD, 2.3.2020. En: [www.oecd.org/perspectivas-economicas/marzo-2020/](http://www.oecd.org/perspectivas-economicas/marzo-2020/)
- BROWN, C. y ALCOVER-LLUBIÀ, M. (2010-2011). «The External Investment Policy of the European Union in the Light of the Entry into Force of the Treaty of Lisbon», *Yearbook on International Investment Law & Policy*, p. 145.
- CARDWELL, P.J. y French, D. (2011). «The European Union as a global Investment Partner: Law, Policy and Rethoric in the Attainment of Development Assistance and Market Liberalisation?», en Brown, C. y Mile, K. (eds.). *Evolution in Investment Treaty and Arbitration*, Cambridge: CUP, p. 201.
- CHAISSÉ, J. (2012). «Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How Will the New EU Competencia on FDI Affect the Emerging Global Regime?», *Journal of Economic International Law*, n.º. 15-1, p. 51.



- CHAISSÉ, J., CHAKBARTY, D. y MUKHERJEE, J. (2011). «Emerging Sovereign Wealth Funds in the Making: Assessing the Economic Feasibility and Regulatory Strategies», *Journal of World Trade*, n.º. 45-4, p. 837.
- CHOW, D.C.K., SHELDON, I.M. y MCGUIRE, W. (2019). «The Revival of Economic Nationalism and the Global Trading System», *Cardozo Law Review*, n.º. 40, p. 2147.
- CLODFELTER, M.A. y Guerrero, F.M.S. (2012). «National Security and Foreign Government Ownership Restrictions on Foreign Investment: Predictability for Investors at the National Level», en Sauvant, K.P., Sachs, L.E. y Schmit Jonbloed, W.P.F. (eds). *cit.*, p. 173.
- DE LUCA, A (2010-2011). «New Developments on the Scope of the EU Common Commercial Policy under the Lisbon Treaty. Investment Liberalization *v.* Investment Protection?», *Yearbook on International Investment Law & Policy*, p. 165.
- DE MEESTER, B. (2009). *International Legal Aspects of Sovereign Wealth Funds: Reconciling International Economic Law and the Law of State Immunities with a New Role of the State*. Lovaina: Centre for Global Governance Studies Institute for International Law, Working Paper n.º 20.
- DELPECH, X. y Royer, E. (2014). «Investissements étrangers en France: la France réagit», *Dalloz Actualité*, 19.05.2014, p. 1.
- DIMOPOULOS A. (2011). *EU Foreign Investment Law*. Oxford: OUP.
- DIXIT, A. (2011). «International Trade, Foreign Direct Investment, and Security», *The Annual Review of Economics*, n.º. 11, p. 191.
- ESPLUGUES, C. (2018). *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*. Cambridge: intersentia.
- ESPLUGUES Mota, C. (2016). «Las inversiones extranjeras en el sector de la energía. El difícil equilibrio entre la liberalización de las inversiones, la defensa de la seguridad nacional y el nacionalismo energético», en Esplugues Mota, C. (ed.). *Inversiones extranjeras en el sector energético en Latinoamérica*. México: Tirant lo Blanch, p. 51.

- SPLUGUES MOTA, C. (2018). El control de las inversiones extranjeras directas. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ESPLUGUES MOTA, C. (2018). «La propuesta de reglamento estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea de septiembre de 2017», Cuadernos de Derecho Transnacional, n°. 10-1, p. 164.
- ESPLUGUES MOTA, C. (2019). «Securitización e inversiones extranjeras: control del riesgo de ciertas inversiones para la seguridad nacional del Estado», Anuario Colombiano de Derecho Internacional, n°. 12, p. 131.
- ESPLUGUES MOTA, C. (2019). «Otra novedosa y relevante dimensión de la seguridad: la seguridad nacional como límite al libre comercio y a la libre circulación de inversiones», en Barona Vilar, S. (ed.). Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 593.
- ESPLUGUES MOTA, C. (2020). «La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica», Cuadernos de Derecho Transnacional, n°. 12-1, p. 170.
- GOLUB, S.S. (2003). Measures of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD Countries. Paris: OECD. OECD Economic Department Working Paper n°. 357.
- GÖTZ, M. (2015). «Pursuing FDI Policy in the EU–Member States and Their Policy Space», Journal of Economics and Political Economy, n°. 2-2, p. 290.
- HEINEMANN, A. (2012). «Government Control of Cross-Border M&A: Legitimate Regulation or Protectionism? Control of Cross-Border M&A», Journal of International Economic Law, n°. 15-4, p. 861.
- HELLSTRÖM, J. (2016). China's Acquisitions in Europe. European Perceptions of Chinese Investments and their Strategic Implications, Stockholm: Swedish Defence Research Agency, FOI-R--4384-SE.
- HERRMAN, C. y Crämer, J. (2015). «Foreign Direct Investment – A “Coincidental” Competence of the EU?», Hi-

- totsubashi *Journal of Law and Politics*, nº. 43, p. 85.
- HINDELANG, S. (2009). *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*. Oxford: OUP.
- HINOJOSA-MARTÍNEZ, L.M. (2016). «The Scope of the EU Treaty-Making Power on Foreign Investment: Between Wishful Thinking and Pragmatism», *The Journal of World Investment & Trade*, nº. 17, p. 86.
- HJÄLMROTH, C. y Westerberg, S. (sin año). *The Contribution of Trade to a New EU Growth Strategy. Ideas for a More Open European Economy. Part 1: A Common Investment Policy for the EU*, Stockholm: Kommerskollegium – National Board of Trade.
- JONES, A. y Davies, J. (2014). «Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate», *European Competition Journal*, nº. 10-3, p. 474
- LEAL-ARCAS, R. (2010). «The European Union's Trade and Investment Policy after the Treaty of Lisbon», *Journal of World Investment & Trade*, nº. 11, p. 463.
- MEUNIER, S. (2014). «A Faustian bargain or just a good bargain? Chinese foreign direct investment and politics in Europe», *Asia Europe Journal*, nº. 12-1, p. 143.
- MORAN, Th. H. (2013). «Foreign Acquisitions and National Security: What are Genuine Threats? What Are Implausible Worries?», en Drabek, Z. y Mavroidis, P.C. (eds). *Regulation of Foreign Investment Challenges to International Harmonization*. New York: Columbia University. *World Studies in International Economics* (Vol. 21), p. 378.
- MUCHLINSKI, P.T. (2007). *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: OUP. 2ª ed.
- NOVIK, A. (2015). «Investment, investment, investment...», en OECD, *How international investment is shaping the global economy. Social, economic, and policy perspectives*, Paris: OECD, p. 1.
- ORTINO, F. y Eeckhout, P. (2012). «Towards an EU Policy on Foreign Direct Investment», en Biondi, A., Eeckhout, P. y Ripley, S. (eds), *EU Law after Lisbon*, Oxford: OUP, p. 312.

- PÁEZ, L. (2011). *Liberalizing Financial Services and Foreign Direct Investment. Developing a Framework for Commercial Banking FDI*. New York: Palgrave Macmillan.
- REINISCH, A. (2014). «The EU on the Investment Path – *Quo Vadis* Europe? The Future of EU BITs and Other Investment Agreements», *Santa Clara Journal of International Law*, n°. 12, p. 111.
- ROSECRANCE, R. y Thompson, P. (2003). «Trade, Foreign Investment, and Security», *Annual Review of Political Science*, n°. 6, p. 390.
- SAUVANT, K.P. (2008-2009). «Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies», *Yearbook on International Investment Law & Policy*, p. 244.
- SAUVANT, K.P. (2009). *FDI Protectionism Is on the Rise*. Washington : World Bank, Policy Research Working Paper 5052, The World Bank Poverty Reduction and Economic Management Network, International Trade Department.
- SAUVANT, K.P, GOVITRIKAR, V.P. y Davies, K. (2011). *MNEs from Emerging Markets: New Players in the World FDI Market*. New York: Columbia University Vale Columbia Center on Sustainable International Investment.
- SAUVANT, K.P, MASCHEK, W.A. y McALLISTER, B. (2010). «Foreign Direct Investment by Emerging Market Multinational Enterprises, the Impact of the Financial Crisis and Recession, and Challenges Ahead», en Sauvant, K.P., Mcallister, G. y Maschek, W.A. (eds.), (2010). *Foreign Direct Investments from Emerging Markets. The Challenges Ahead*. New York: Palgrave Macmillan, p. 3.
- SAUVANT, K.P y ORTINO, F. (2013). *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*. Helsinki: Ministry for Foreign Affairs of Finland.
- SHAN, W. y Zhang, S. (2010). «The Treaty of Lisbon: Half Way toward a Common Investment Policy», *The European Journal of International Law*, n°. 21-4, p. 1049.
- SORNARAJAH, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cam-

bridge: CUP. 3ª ed.

- SOTHMANN, S. (2009). «Let He Who Is Without Sin Cast the First Stone: Foreign Direct Investment and National Security Regulation in China», *Indiana International & Comparative Law Review*, nº. 19, p. 203.
- TAVASSI, J. (2013). «The EU Investment Policy: How to ensure a fair regulation of the concerned interests?», *The Journal of World Investment & Trade*, nº. 13, p. 645.
- TRYBUS, M. (2002). «The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutiny of Defence and Security Exceptions», *Common Market Law Review*, nº. 34, p. 1347.
- VIÑUALES, J.E. (2014). «Sovereignty in Foreign Investment Law», en Douglas, Z., Pauwelyn, J. y Viñuales, J.E. (eds). *The Foundations of International Investment Law Bringing Theory into Practice*. Oxford: OUP. P. 317.
- WEISS, F. y STEINER, S. (2013). «The investment regime under Article 207 of the TFEU – a legal conundrum: the scope of “foreign direct investment” and the future of intra-EU BITs», en Baetens, F. (ed). *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*. Cambridge: CUP. p. 355.
- WOOLCOCK, S. (2010). «EU Trade and Investment Policymaking After the Lisbon Treaty», *Intereconomics Review of European Economic Policy*, nº. 45-1, p. 22.
- YOTOVA, R. (2013). «The new EU competence in foreign direct investment and intra-EU investment treaties: does the emperor have new clothes», en Baetens, F. (ed.). *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*. Cambridge: CUP, p. 387.

## Documentos oficiales

COMISIÓN EUROPEA. 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, Bruselas, 7.7.2010. COM (2010)343 final. En: [https://eur-lex.europa.eu/legal\\_content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0343&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal_content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0343&from=EN)

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión. La inversión intracomunitaria en el sector de los servicios financieros (2005/C 293/02), DO C 293, de 25.11.2005.

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.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup. Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak, COM(2020) 112 final, Brussels, 13.3.2020 En: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf)

EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Document on Foreign Direct Investment in the EU. Following up on the Commission Communication “Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests” of 13 September 2017</i>, Brussels, 13.3.2019 SWD (2019) 108 final. En: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc\\_157724.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/march/tradoc_157724.pdf)

IMF. IMF Balance of Payments and International Investment Position Manual (BPM6). Washington: IMF. 2009, 6ª ed.

OECD. Benchmark Definition of Foreign Direct Investment. Paris: OECD. 2008. 4ª ed.

OECD. *Novel Features in OECD Countries' Recent Investment Agreements: An Overview*. Paris: OECD. 2005.

- OCDE. Roundtable on Freedom of Investment 20. 19 March 2014 Summary of Roundtable discussions by the OECD Secretariat. Paris: OCDE. 2014.
- OECD/UNCTAD. Twenty-second Report on G20 Investment Measures. Paris, 21 de noviembre de 2019. En: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news19\\_e/g20\\_oecd\\_unctad\\_report\\_nov19\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/g20_oecd_unctad_report_nov19_e.pdf)
- OMC. El crecimiento del comercio mundial pierde impulso en tanto que persisten las tensiones comerciales, Comunicado de Prensa, PRESS/837. En: [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/pres19\\_s/pr837\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/pres19_s/pr837_s.htm)
- PARLAMENTO EUROPEO. Resolución del Parlamento Europeo, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras, de 6.4.2011, (2010/2203(INI)) En: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+XML+V0//ES>
- UNCTAD. Global investment flows flat in 2019, moderate increase expected in 2020, 20.1.2020 En: <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2274>
- UNCTAD. Global FDI Flows Slip in 2016. Modest Recovery Expected in 2017. Global Investment Trends Monitor. nº. 25, 1.2.2017.
- UNCTAD. Impact of the Coronavirus Outbreak on Global FDI. Investment Trends Monitor. March 2020, Special Issue.
- UNCTAD. Impact of the COVID-19 Pandemic on Global FDI and GVCs. Investment Trends Monitor, March 2020, Special Issue.
- UNCTAD. Investment Policy Framework for Sustainable Development. Doc. UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Geneva: UNCTAD. 2015.
- UNCTAD. The Protection of National Security in IIAs. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5. Nueva York/Ginebra: UNCTAD. 2009.
- UNCTAD. World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge. Nueva York y Ginebra: Naciones Uni-

das. 2008.

UNCTAD. World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. 2015.

UNCTAD. World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas. 2016.

UNCTAD. World Investment Report 2019. Special Economic Zones. Nueva York y Ginebra: UNCTAD. 2019.

WORLD BANK GROUP INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES. Investing Across Borders 2010. Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies. Washington: World Bank. 2010. En: [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2011/09/12/000333038\\_20110912044237/Rendered/PDF/643710WP0Inves00Box0361535B0PUBLIC0.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2011/09/12/000333038_20110912044237/Rendered/PDF/643710WP0Inves00Box0361535B0PUBLIC0.pdf)

WTO. World Trade Statistical Review 2019 Chapter III World trade developments. 2018 -2019. En: [https://www.wto.org/english/res\\_e/statis\\_e/wts2019\\_e/wts2019chapter03\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2019_e/wts2019chapter03_e.pdf)

### **Páginas web**

European Commission. Investment <https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/investment/>



