

SECTORES ESTRATÉGICOS Y FILTRADO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN LA UNIÓN EUROPEA

STRATEGIC SECTORS AND THE FOREIGN INVESTMENT SCREENING MECHANISM IN THE EUROPEAN UNION

Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ*

Palabras clave: Reglamento 2019/452, inversión extranjera directa, orden público, seguridad.

Keywords: Regulation 2019/452, foreign direct investment, public order, security.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL REGLAMENTO 2019/452.—2.1. El alcance de la competencia europea.—2.2. El contenido del Reglamento 2019/452.—3. CONSIDERACIONES GEOESTRATÉGICAS MIRANDO AL FUTURO.

1. INTRODUCCIÓN

A principios de los años noventa, cuando se aprobó el Tratado de Maastricht, que introdujo en el Derecho originario la libre circulación de capitales tanto entre Estados miembros (EEMM) como entre EEMM y países terceros, triunfaban el liberalismo político y económico, tanto a nivel internacional como europeo. La apertura de los mercados financieros al exterior y el fomento de la inversión extranjera se consideraban requisitos imprescindibles para favorecer el crecimiento económico, la competitividad y modernización de la industria nacional o la diversificación de riesgos. Proliferaron los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones,

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Granada, hinojosa@ugr.es. Este trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de investigación La acción exterior de la Unión Europea y el Estado de Derecho (RTI2018-101041-B-I00) y La redefinición de la acción exterior de la Unión Europea tras el *Brexit* (ASEJ-299-UGR18).

mientras el FMI promovía la liberalización progresiva de los movimientos de capital.

En la UE, la inversión extranjera directa (IED) constituye uno de los movimientos de capital liberalizados en las operaciones con terceros países (art. 63.1 TFUE), sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones que regulan situaciones excepcionales¹. Los EEMM deben eliminar todas las restricciones a la entrada o salida de IED en las relaciones con dichos países, aunque pueden mantener aquellas que ya existiesen en las fechas establecidas en el art. 64.1 TFUE (cláusula de consolidación)². El legislador comunitario goza de potestad normativa para regular, *inter alia*, la IED procedente de (o con destino a) países terceros mediante el procedimiento legislativo ordinario «procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre EEMM y terceros países en el mayor grado posible» (art. 64.2 TFUE), pero si dichas medidas suponen un retroceso en cuanto al grado de liberalización tienen que aprobarse por unanimidad en el Consejo (art. 64.3 TFUE). Esta dificultad adicional (la unanimidad) para la adopción de restricciones refuerza el espíritu liberalizador que presidió la redacción del capítulo sobre capitales y pagos del TFUE.

A pesar de ello, el art. 65 TFUE contiene una serie de excepciones a la obligación de liberalización que se aplican tanto a los movimientos de capital intracomunitarios como a los extracomunitarios sin límite temporal, es decir, con independencia del momento en que se hayan adoptado. Entre ellas, a los efectos de esta contribución, conviene destacar la recogida en el art. 65.1.b) TFUE, que permite a los EEMM adoptar las medidas «justificadas por razones de orden público o de seguridad pública».

En los últimos años, tanto en el plano internacional como en el europeo, se han incrementado el número de voces que cuestionan los efectos nocivos de la globalización, la desregulación excesiva con la que operan las entidades financieras y los privilegios de los inversores frente a los Estados (y a los demás ciudadanos) en el actual Derecho internacional de las inversiones. Fruto de ello, podemos constatar un punto de inflexión en la regulación internacional de la IED, en la que el derecho a legislar de los Estados en materia fiscal, laboral o medioambiental tiende a verse reforzado, se buscan alternativas a que la solución de controversias entre inversores y Estados se resuelva mediante arbitrajes *ad hoc*, y se adopta legislación más sofisticada para dificultar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, incluso en el nuevo mundo de las finanzas digitales³.

¹ Nos referimos, principalmente, a los arts. 66 (cláusula de salvaguardia en los casos de crisis financiera sistémica) y 251 TFUE (sanciones contra terceros países o contra personas físicas o jurídicas).

² Estas fechas varían según los EEMM de que se trate.

³ SCHEFER, K. N., «Sustainability in International Investment Law Building on What Exists by Enhancing the Right to Regulate», *Revue suisse de droit international et droit européen*, 2021, vol. 31, núm. 2, p. 193; FACH GÓMEZ, K., «La protección de los derechos humanos y el sistema de resolución de controversias derivadas de inversiones internacionales. Notas sobre una posible transición hacia

En paralelo a esta evolución, que introduce matices o restricciones a la IED, las crisis económicas de 2008 y 2020 han favorecido el resurgimiento del nacionalismo y han reforzado las críticas al liberalismo económico. En Europa, estas situaciones de crisis se veían con especial preocupación por motivos geopolíticos. La disminución del valor de relevantes empresas europeas de importancia estratégica fue aprovechada por inversores de países terceros (muchas veces sociedades de propiedad estatal), incluso con regímenes autoritarios, para hacerse con el control de las mismas, lo que puede ir en detrimento de la capacidad de la Unión Europea para autoabastecerse de determinados productos y servicios esenciales, e implicar una pérdida de competitividad y liderazgo en ciertos sectores fundamentales para garantizar la seguridad y la soberanía europea. La convicción de que algunas de esas IED se han realizado por motivos geoestratégicos (en defensa de los intereses de la política exterior del país tercero), y no en el marco de la competencia propia de una economía de mercado, o que se hayan podido llevar a cabo gracias al apoyo financiero del Estado originario de la inversión (mediante subvenciones que falsean la competencia)⁴, ha llevado a numerosos países europeos y a las instituciones comunitarias a matizar su apoyo a la liberalización autónoma e incondicional (sin exigir reciprocidad) de la IED⁵. De hecho, la exigencia de reciprocidad para determinadas inversiones por parte de la UE podría generar una mayor liberalización de la IED en el plano internacional, en la medida en que terceros Estados que se aprovechaban de la liberalización unilateral europea, pero mantenían significativas restricciones a la inversión en sus países, se vean obligados a desmantelar algunas de ellas para acceder al mercado europeo⁶.

Esta visión «menos ingenua» de la IED y de sus consecuencias ya se tradujo en el Tratado de Lisboa en la introducción del art. 65.4 TFUE, que permite a la Comisión o al Consejo convalidar restricciones fiscales adoptadas por los EEMM y aplicables *inter alia* a la IED en las relaciones con países terceros⁷. Asimismo, el TJUE ha interpretado que, aunque la noción de restricción es la misma en las operaciones de capital intracomunitarias y extracomunitarias, algunos motivos de interés general que no serían aptos para justificar una limitación a los movimientos de capital entre EEMM, sí podrían servir como

un tribunal multilateral de inversiones», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, 2019, vol. XVIII, p. 139.

⁴ Véanse ejemplos de estas operaciones controvertidas en DE KOK, J., «Towards a European Framework for Foreign Investment Reviews», *ELRev.*, 2019, vol. 44, pp. 25-26; BUNGENBERG, M. y HAZARIKA, A., «Chinese Foreign Investments in the European Union Energy Sector: The Regulation of Security Concerns», *Journal of World Investment and Trade*, 2019, vol. 20, núms. 2-3, pp. 375-400.

⁵ Esta tendencia no es solo europea, sino generalizada a nivel mundial (UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2021, Panorama General*, Naciones Unidas 2021, p. 19, <https://unctad.org/>).

⁶ SCHILL, S., «Foreign Direct Investment in the European Union: Rising Protectionism or Instrument for Further Investment Liberalization?», en BOURGEOIS, J. H. J. (ed.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, pp. 57-75.

⁷ Para un análisis de esta disposición, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La libertad de movimientos de capital», en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), *Tratado sobre Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, t. VI, pp. 603-604.

fundamento para legitimar una restricción de las transacciones de capital con los países terceros⁸.

Es en este contexto en el que deben entenderse la Comunicación de la Comisión sobre fondos soberanos de 2008⁹, la fallida propuesta de los entonces comisarios Michel Barnier y Antonio Tajani para la articulación de un mecanismo europeo de filtrado de las inversiones en 2011¹⁰, o las dos comunicaciones conjuntamente remitidas a la Comisión por los Ministros de Economía de Alemania, Francia e Italia en 2017 instándola al establecimiento de reglas que permitiesen un mejor y más coordinado funcionamiento de los mecanismos nacionales de filtrado de inversiones puestos en marcha por los EEMM¹¹. Estos antecedentes establecen las bases que explican la aprobación del Reglamento (UE) 2019/452¹² sobre el control de la IED dos años más tarde. En esa misma línea, debe situarse la propuesta de reglamento sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, actualmente en discusión¹³.

2. EL REGLAMENTO 2019/452

2.1. El alcance de la competencia europea

La base jurídica de este Reglamento es el art. 207.2 TFUE ya que, tras la reforma del Tratado de Lisboa, las IED forman parte del ámbito de aplicación de la política comercial común, y su regulación en las relaciones con los países terceros constituye una competencia exclusiva de la Unión. No obstante, aunque el Dictamen 2/15 del TJ confirmó esa exclusividad competencial, excluyó de la misma, *inter alia*, las medidas reguladoras del orden público y la seguridad, que los arts. 4.2 TUE y 346 TFUE reservan con carácter transversal a los EEMM, y que el art. 65.1.b) TFUE reitera como competencia nacional en relación con los movimientos de capital. Esto no impide que la

⁸ Para ello, el TJ se basa en que las relaciones con los países terceros se sitúan en «un contexto jurídico distinto», ya que dichos países no tienen la obligación de respetar la normativa reguladora del mercado interior (Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Skatteverket*, asunto C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804, apdo. 60).

⁹ Comunicación de la Comisión, *Un enfoque común en materia de fondos soberanos*, COM (2008) 115, de 27 de febrero, en donde esta institución insta a los EEMM a adoptar medidas que refuercen la transparencia y la coordinación en el tratamiento de las inversiones que realizan ese tipo de fondos en la UE, evitando distorsiones de la competencia.

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Cabinet Newsletter*, 11 de febrero de 2011, núm. 33, <https://ec.europa.eu/archives/>.

¹¹ Véanse estas propuestas conjuntas en https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktepapier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publicationFile&v=4, y en https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/08/170728_Investment-screening_non-paper.pdf.

¹² Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, *DOUE* L 791, de 21 de marzo de 2019.

¹³ COM (2021) 223, de 5 de marzo. Esta normativa establece, entre otras cosas, cómo deben evaluarse las subvenciones recibidas por las empresas extranjeras que participan en la adquisición de empresas europeas o en licitaciones públicas competitivas.

Unión establezca normas que favorezcan «el efecto útil» de sus compromisos comerciales, siempre que «no invada» las competencias de los EEMM en esas materias¹⁴.

En consecuencia, el Reglamento 2019/452 se limita a confirmar una competencia pre-existente de los EEMM y a establecer unos requisitos procedimentales que mejoren la coordinación y la transparencia de los distintos sistemas de filtrado de IED nacionales¹⁵. Esos mecanismos nacionales no son autorizados por dicho reglamento, sino que ya resultaban compatibles con el Derecho europeo en la medida en que respetasen (y sigan respetando) los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TJUE para la legalidad de las excepciones de seguridad y orden público¹⁶. Además, esta excepción se halla habitualmente recogida en los instrumentos internacionales reguladores de la IED¹⁷.

2.2. El contenido del Reglamento 2019/452

En la medida en que se trata de una competencia nacional, el Reglamento 2019/452 ni siquiera obliga a los EEMM a establecer un sistema de filtrado de la IED¹⁸, sino que establece reglas comunes para los que decidan hacerlo¹⁹, e identifica unas obligaciones de cooperación entre todos los EEMM en este terreno. Cada EM debe comunicar a la Comisión y a los demás EEMM determinada información sobre toda IED que sometan a control (art. 6). Estos últimos pueden formular observaciones y la Comisión emitir dictámenes,

¹⁴ Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:376, apdos. 98-103. Véase MAILLO, J., «New screening of foreign direct investment (FDI) in Europe: a first step towards a new paradigm?», *S.Yb.I.L.*, 2020, pp. 192-195.

¹⁵ Considerandos 4, 7, 8, 17 y art. 1.3 del Reglamento 2019/452. Para una revisión de los distintos sistemas de filtrado de inversiones en los EEMM y algunos países terceros, véase BUNGENBER, M. y BLANDFORD, F., «Investment Screening - a New Era of European Protectionism?», en HAHN, M. y VAN DER LOO, G., *Law and Practice of the Common Commercial Policy. The First Ten Years after the Treaty of Lisbon*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2020, pp. 176-182.

¹⁶ El TJUE ha establecido que deben respetarse los siguientes principios: *a)* las nociones de orden y seguridad públicos son unos conceptos nacionales, que pueden variar en función del país, pero que están sujetos a los límites impuestos por el Derecho europeo y, en especial, a los principios de necesidad, no discriminación, proporcionalidad y seguridad jurídica; *b)* como excepción a una libertad fundamental, las nociones de orden público y seguridad pública deben interpretarse restrictivamente; *c)* la invocación de estas excepciones solo será posible en los casos en los que se produzca una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; *d)* debe descartarse, como regla general, la posibilidad de invocar la cláusula de orden público para la consecución de objetivos de carácter económico, y *f)* las personas afectadas por las medidas restrictivas deben disponer de un recurso judicial para cuestionar su legalidad (Sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de la scientologie*, asunto C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, apdos. 16-18).

¹⁷ Véanse, por ejemplo, el art. 3 del Código de liberalización de los movimientos de capital de la OCDE, el art. XIV del GATS o el art. 28.3(2)(a) del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus EEMM (*DOUE* L 11, de 14 de enero de 2017).

¹⁸ LOZANO CONTRERAS, F., «El Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión: una apuesta poco ambiciosa», *RGDE*, 2019, vol. 49, pp. 358-359.

¹⁹ Por ejemplo, deberá establecerse una vía de recurso judicial contra las decisiones de control de las autoridades nacionales y estas no podrán discriminar entre terceros países (art. 3.2 y 5 del Reglamento 2019/452).

que no son jurídicamente vinculantes (aunque no debe minusvalorarse su peso político). Además, si la Comisión o un EM consideran que una IED que no está siendo sometida a control en otro EM puede afectar a la seguridad o al orden público, pueden dirigirse al EM receptor de la inversión formulando observaciones (o emitiendo un dictamen en el caso de la Comisión) e incluso solicitando información (art. 7). En cualquier caso, la decisión última sobre el filtrado de la inversión, con independencia de estas y otras obligaciones procedimentales, corresponde siempre al EM que acoge la IED, que debe actuar respetando el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE).

El Reglamento 2019/452 contiene un curioso art. 4, que recoge un listado no exhaustivo de factores a considerar a la hora de decidir que tipo de IED pueden afectar a la seguridad o al orden público, y destinado a inspirar a los EEMM cuando implementen sus mecanismos nacionales de filtrado. Entre ellos, destaca que el inversor esté controlado «directa o indirectamente» por un gobierno extranjero, lo que puede resultar particularmente preocupante si además es un poder autoritario y un competidor geoestratégico. Paralelamente, también se alude al control exterior de infraestructuras²⁰ o tecnologías críticas o de doble uso²¹, que ha demostrado tener serios inconvenientes en los últimos tiempos, en particular tras la agresión rusa a Ucrania²². Igualmente se mencionan la protección de los datos personales sensibles y la garantía de la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, que se han revelado, recientemente, como puntos débiles de las democracias occidentales, que es necesario defender para salvaguardar nuestro sistema político y social²³. La lucha contra la desinformación orquestada y diseñada por los aparatos estatales de potencias agresivas (que buscan fomentar el conflicto social, el extremismo y la desafección ciudadana hacia las instituciones democráticas)²⁴ se ha convertido en un elemento connatural de las estrategias de defensa nacional en la UE²⁵.

²⁰ El TJUE ha admitido expresamente que la necesidad de garantizar el abastecimiento energético puede constituir una razón de seguridad pública que justifique restricciones amparadas por el art. 65.1.b) TFUE (Sentencia de 11 de noviembre de 2010, *Comisión c. Portugal*, C-543/08, apdos. 84-90).

²¹ POUTALA, T. *et al.*, «EU Strategic Autonomy and the Perceived Challenge of China: Can Critical Hubs Be De-weaponized?», *European Foreign Affairs Review*, 2022, vol. 27, pp. 79-98.

²² SEVILLANO, E. G., «Berlín toma el control de la filial alemana de Gazprom para garantizar el suministro de gas», *El País*, 4 de abril de 2022.

²³ En el asunto *Kiselev*, el TG consideró compatible con el Derecho europeo la adopción de sanciones contra un periodista nombrado por un gobierno para elaborar propaganda que contribuya a desestabilizar a otro país (Sentencia de 15 de junio de 2017, *Kiselev*, T-262/15, ECLI:EU:T:2017:392, apdos. 94-97). Más recientemente, entre la batería de sanciones contra Rusia por su agresión a Ucrania, se ha incluido la prohibición de las emisiones de los medios estatales rusos *Sputnik* y *Russia Today* en la UE (Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, Anexo IX, *DOUE* L 229, de 31 de julio de 2014; véase la Sentencia de 27 de julio de 2022, *RT France/Consejo*, T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483).

²⁴ Véase la *Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo* [COM (2018) 236, de 26 de abril de 2018] y el Código de buenas prácticas en materia de desinformación para las plataformas en línea de 2018 (https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454), que está siendo reforzado en la actualidad [COM (2021) 262, de 26 de mayo de 2021].

²⁵ *Estrategia de Seguridad Nacional 2021*, BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2021, Sec. I, p. 167812.

Al circunscribirse a las medidas restrictivas por motivos de seguridad o de orden público, el reglamento no regula el establecimiento de requisitos de reciprocidad (u otras condiciones económicas) para la admisión de IED en la UE. En esas restricciones por motivos económicos sería más complicado sortear la exigencia de unanimidad prevista en el art. 64.3 TFUE para las medidas que retrocedan en la liberalización de la IED. En cualquier caso, la propuesta de reglamento sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, antes citada, viene a rellenar parcialmente ese hueco normativo.

3. CONSIDERACIONES GEOESTRATÉGICAS MIRANDO AL FUTURO

La crisis económica provocada por la pandemia de covid-19 provocó que la Comisión Europea enviase una Comunicación a los EEMM en marzo de 2020 instándoles a utilizar todos los medios que les ofrecía el capítulo sobre capitales y pagos del TFUE, según la interpretación que el TJUE ha hecho de los mismos, para evitar desde ese momento que IED provocasen la pérdida de «infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos [...] [incluso] más allá del sector sanitario»²⁶. En la medida en que la Comisión no proponía nada incompatible con el TFUE, ni el Reglamento 2019/452 (que no debía aplicarse hasta octubre de 2020) otorgaba poderes a los EEMM que no tuviesen ya en virtud del art. 65.1.b), la Comunicación debe interpretarse como una llamada de atención frente a la asertividad de la política inversora de determinados competidores sistémicos²⁷, que no permiten las inversiones europeas en sus sectores críticos, y que buscan ventajas geoestratégicas en el marco de políticas de Estado.

En momentos de crisis como el presente, se hace más evidente la importancia de contar con la infraestructura productiva necesaria para abastecer a la población de los productos y servicios esenciales, sin depender para ello de países terceros (en particular, si son problemáticos).

²⁶ 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*, 2020/C 99 1/01 (DOUE C1 99, de 26 de marzo de 2020).

²⁷ No solo hay que pensar en China. El *Primer Informe de la Comisión sobre el control de las IED en la Unión*, de 23 de noviembre de 2021 (<https://bit.ly/3CFhxnD>) indica que el 45 por 100 de las inversiones filtradas procedían de Estados Unidos (p. 17). Véanse los comentarios de ESPLUGUES MOTA, C., «El (complejo y poliédrico) fin de la edad de la inocencia de la UE: el Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea como ejemplo», *Bitácora Millennium DIPr*, 2022, núm. 15, pp. 17-21, <http://www.millenniumdipr.com/bitacora>.

